NORBERTO BOBBIO

DIREITO E ESTADO NO PENSAMENTO DE EMANUEL KANT

Tradução
Alfredo Fait

São Paulo
Editora Mandarim
2000

Título original: *Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant*

Coordenação: Audrey Souza Aguiar
Diagramação: Fábio Tanaka
Capa: Daniel Rampazzo
Revisão: Estevão Rezende Martins e
Paulo César de Oliveira
Impressão e acabamento: São Paulo, Brasil

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Bobbio, Norberto, 1909-
Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant /
Norberto Bobbio; — 2ª edição; tradução : Alfredo Fait.
— São Paulo : Mandarim, 2000.

ISBN 85-354-0138-5

1. Direito – Filosofia 2. Estado – Teoria 3. História – Filosofia 4. Kant, Emanuel, 1724-1804 – Crítica e interpretação 5. Política – Filosofia I. Título.

99-2013 CDD-340.12

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Filosofia 340.12
2. Filosofia do direito 340.12

1ª reimpressão, junho de 2000.

Editora Mandarim
Av. Raimundo Pereira de Magalhães, 3305
CEP 05145-200 — São Paulo — Brasil
e-mail: mandarim@siciliano.com.br

APRESENTAÇÃO

A inclusão deste livro na *Biblioteca Liberal*, patrocinada pelo Instituto Tancredo Neves, equivale a iniciativa de maior relevância. Além de corresponder a uma exposição magistral, como só um professor muito experimentado conseguiria efetivar, o livro *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant* reúne duas personalidades essenciais para a configuração da nossa doutrina. Norberto Bobbio, contemporaneamente, notadamente pela insistência na significação da questão social para o liberalismo em nosso tempo. Kant, por sua vez, e John Locke (1632-1704) são os fundadores da teoria do governo representativo, que desde o início do século XIX passou a denominar-se doutrina liberal.

Bobbio está completando noventa anos (nasceu em 1909) e pode-se dizer que é uma pessoa muito ligada ao Brasil. Afora nos ter visitado na década de 80, conta com grande número de amigos, discípulos e admiradores, achando-se a parcela fundamental de sua obra editada em nossa terra. Destacaria a sua contribuição no sentido de promover o adequado entendimento da democracia e a sua incansável atividade no sentido de promovê-la.

Emanuel Kant (1724-1804) é considerado o maior filósofo da Época Moderna, tendo as suas *Críticas* encaminhado a meditação filosófica num sentido novo e original. Fecundou a intelectualidade de seu tempo e deu origem a movimento filosófico de expressão sem precedentes: o denominado *idealismo alemão*, no século passado. Como subseqüentemente houve na Europa, em geral, e na Alemanha, em particular, a eclosão do

positivismo negando a possibilidade da filosofia, foi a Kant que se recorreu para alcançar a superação desse estreitamento de visão. Nasce então o *neokantismo*, que na época da Primeira Guerra Mundial já era a corrente dominante em sua terra natal, com ampla repercussão em todo o Ocidente. Contemporaneamente, sanadas as feridas da Segunda Guerra e da divisão do país, Kant continua correspondendo a uma grande presença. Sua teoria moral, por enaltecedora da pessoa humana, representa uma grande conquista do espírito humano. Seu sonho de paz perpétua, se foi considerado como uma fantasia em vida do autor, tornou-se a bandeira das relações entre as nações democráticas, figurando na Carta das Nações Unidas o essencial de seus princípios.

A idéia do governo representativo é devida a John Locke e acha-se formulada originariamente no *Segundo tratado do governo*, doutrina que foi adotada pela Revolução Gloriosa, de 1688, na Inglaterra, iniciando-se o longo ciclo de sua experimentação num único país. Convenceu a seus contemporâneos de que, se era certo, como então se acreditava, que no estado original os homens gozavam da mais ampla liberdade, faltava-lhes uma lei escrita e um poder que a assegurasse, razão pela qual optaram pela vida em sociedade. Nesta, como escreveu, o Poder Legislativo é o poder por excelência. Estabeleceu igualmente a quem devia ser atribuído o direito de fazer-se representar no parlamento. Advertiu que as atribuições do Poder Legislativo não se confundem com as do Executivo, que deve ater-se ao cumprimento da lei. Referiu-se à necessidade de dispor-se de 'juízes íntegros e imparciais', mas a estruturação do Poder Judiciário de forma autônoma viria a ser fruto da experimentação, do mesmo modo que o chamado 'governo de gabinete', que dá origem à monarquia constitucional e ao parlamentarismo.

A vida política e cultural da Inglaterra era bem conhecida na Alemanha devido ao fato de que a Casa Reinante naquele país

era de origem alemã (os Eleitores de Hanover). Em toda a sua obra Kant revela grande familiaridade com a atividade da Royal Society, das principais universidades e da própria vida política inglesa. De modo que buscou não só generalizar aquela experiência, como igualmente preencher o que lhe pareceu uma lacuna na elaboração teórica: a adequada formulação do que se deve entender, usando a expressão consagrada posteriormente, por *Estado Liberal de Direito*. Como disse de início, a exposição de Bobbio é deveras magistral e devo aqui limitar-me a instigar o leitor a debruçar-se sobre a obra. Bobbio, como se verá, trata com a máxima amplitude os antecedentes, mas vou limitar-me a chamar a atenção para aqueles aspectos das indicações de Kant que ao grande mestre italiano pareceram de maior significado.

Sobre o essencial da concepção kantiana, no tocante à idéia de que o Estado não tem fins próprios, devendo os seus fins coincidir com aqueles dos indivíduos que integram a sociedade, Bobbio afirma o seguinte: "Através de uma metáfora, esta concepção de Estado foi chamada de Estado-protetor, para significar que sua tarefa não é dirigir os súditos para este ou aquele fim, mas unicamente vigiá-los para impedir que, na busca dos seus próprios fins, cheguem a conflitos. Através de uma metáfora mais atual, seria possível comparar o Estado Liberal não a um protetor (ou, como também foi dito, a um vigia noturno), mas a um guarda de trânsito com a tarefa não de indicar de forma imperativa aos motoristas qual direção devem seguir, mas unicamente de agir de maneira que, ordenando a circulação, cada um possa alcançar, da melhor maneira e de modo compatível com igual direito dos outros, sua própria meta".

Na visão kantiana, o Estado tem por fim a liberdade e não a busca da felicidade, como se afirmava em sua época. O importante é assegurar que cada um tenha liberdade para empenhar-se na busca da própria felicidade, que lhe incumbe definir e a mais ninguém. O importante, portanto, é a existência de uma

estrutura legal que garanta a cada um poder coexistir com os outros segundo uma lei universal, isto é, que valha para todos.

Quanto às formas de governo, Bobbio indica que podem ser adotados dois critérios: ou se leva em conta a diferença das pessoas que detêm o poder soberano, ou se leva em conta a diferença no modo de governar. E prossegue: "Com base no primeiro critério, o Estado é caracterizado por um governo regido por *um*, por *poucos* ou por todos, e tem-se assim as três formas tradicionais (conhecidas já na filosofia política grega e estudadas de maneira particular por Aristóteles) da *autocracia*, da *aristocracia* e da *democracia*. Com base no outro critério, os estados se distinguem segundo o fato de que os governantes, sejam eles um, poucos ou muitos, exerçam o poder legal ou arbitrariamente. Nesse segundo critério fundamenta-se a distinção entre a *república* e o *despotismo*".

O essencial para Kant, portanto, é o aspecto legal, numa concepção tipicamente moderna. Para revestir-se dessa característica, o poder deve ser tripartite. Na sua terminologia: "O poder soberano (a soberania), que reside no Legislativo; o poder executivo, na pessoa que governa (em conformidade às leis) e o poder judiciário (que determina para cada um o seu, segundo a lei), na pessoa do juiz".

Na composição da melhor forma de governo (que é naturalmente a república, identificada de modo inquestionável com a monarquia constitucional) participam não todos os habitantes de determinado território, mas aqueles que podem ser considerados *cidadãos*. Numa república, os cidadãos são aquelas pessoas com estes atributos: liberdade, igualdade e independência. A liberdade é uma resultante do Estado de Direito (isto é, liberdade para escolher o próprio caminho, respeitado o direito dos outros a idêntica prerrogativa), enquanto a igualdade é definida como sendo perante a lei (igualdade formal, na terminologia técnica do direito). A independência é concebida como sendo econômica. E assim, com a obra de Kant, se

complementa o denominado ciclo de fundação da doutrina liberal, que inclui a meditação pioneira de Locke.

O ciclo subseqüente é justamente o da *democratização da idéia liberal*, cujo primeiro momento seria representado por Alexis de Tocqueville (1805-1859). Propondo-se colocar ao alcance do leitor brasileiro o processo histórico de evolução da doutrina liberal, em sua inteireza, a *Biblioteca Liberal* já deu conta da obra de Tocqueville e tem programadas outras edições que complementam o quadro.

Neste século, fulgura o *social liberalismo* e aqui é que sobressaem as contribuições de Bobbio. Por isso mesmo comecei destacando que esta publicação junta as duas pontas da doutrina liberal, a fundação e a contemporaneidade. Estou certo de que o leitor considerará plenamente justificado o meu entusiasmo.

Setembro de 1999.

Antonio Paim

Sumário

Prefácio à Segunda Edição do Original

A primeira edição deste curso foi publicada no ano de 1957. Como escrevi então, a ocasião era propícia devido ao lançamento da primeira tradução completa dos escritos políticos e jurídicos de Kant, na coleção dos *Clássicos Políticos* da Editora Utet: *Immanuel Kant, scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, traduzidos por Gioele Solari e Giovanni Vidari, edição póstuma com a colaboração de Norberto Bobbio, Luigi Firpo e Vittorio Mathieu (Turim, 1956). O curso não teve outra pretensão a não ser a de apresentar, para os estudantes de filosofia do direito, uma leitura comentada dos escritos jurídicos e políticos de Kant e de deixar bem em evidência, através da comparação com outras doutrinas jurídicas e políticas, o conceito do Estado liberal, do qual o pensamento de Kant foi uma das expressões teoricamente mais rigorosas.

Como leitura comentada, que oferece muito espaço para as citações textuais, o curso carece de referências à crítica kantiana. Os escritos dos quais fiz maior uso foram os do meu mestre, Gioele Solari, ao qual dedico o curso: *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, parte I; *L'idea individuale*, Turim, Bocca, 1911, reeditado sob o título de *Filosofia del diritto privato, I; Individualismo e diritto privato*, Turim, Giappichelli, 1959 (sobre Kant, pp. 202-290); *La formazione storica e filosofica dello stato moderno*, Turim, Edições da Erma, 1934, segunda edição, Turim, Giappichelli, 1962, cujos dois capítulos sobre Kant, pp. 94-111 e 138-170, foram depois publicados novamente pelo próprio Solari no volume *Studi storici di filosofia del diritto* (veja-se adiante), e então utilizados como introdução para os *Scritti politici*

de Kant, citados acima; *Scritti storici di filosofia del diritto*, Turim, Giappichelli, 1949 (sobre Kant, *Scienza e metafisica del diritto in Kant*, pp. 207-229, *Il liberalismo di Kant e la sua concezione dello stato di diritto*, pp. 231-250, *Il concetto di società in Kant*, pp. 251-280).

No entanto, o interesse pelo pensamento político kantiano foi aumentando; nos dez anos passados entre a primeira edição e esta segunda, somente na Itália foram publicadas três coleções dedicadas à obra política de Kant: *Antologia degli scritti politici di Immanuel Kant*, com a colaboração de Gennaro Sasso, nos *Clássicos da Democracia Moderna*, Bolonha, Il Mulino, 1961; *Immanuel Kant, Wilhelm von Humboldt*, introdução e tradução de Nicolas Merker, na coleção *Textos da Democracia Moderna e do Socialismo*, com a colaboração de Galvano Della Volpe, Roma, Samonà e Savelli, 1965; *Immanuel Kant, scritti di filosofia politica*, introdução e notas de Dario Faucci, na coleção *Pensadores Antigos e Modernos*, Florença, La Nuova ltalia, 1967.

Para uma bibliografia geral remeto, até o ano de 1955, à publicada, com a colaboração de V. Mathieu, no volume *Scritti politici*, já mencionado, pp. 61-77. Após a primeira edição deste curso, a literatura sobre o pensamento político kantiano se enriqueceu por meio de duas obras que se precisa levar em conta: Georges Vlachos, *La pensée politique de Kant*, Paris, Presses Universitaires de France, 1962, e *La philosophie politique de Kant*, Paris, Presses Universitaires de France, 1962, que contém ensaios de vários autores, quase todos relevantes.

Uma vez que o texto não foi escrito, mas apenas revisto, por mim (ainda que amplamente), a partir de anotações tomadas por um estudante, corrigi a forma na reedição como pude (sem, por outro lado, mudar o caráter elementar de curso, voltado para um público de estudantes) e preenchi várias lacunas.

Norberto Bobbio
Turim, fevereiro de 1969

I

As Idéias Políticas na Idade Moderna até Kant

1

Caracteres do Estado Absoluto

O problema fundamental do Estado constitucional moderno, que se desenvolve como antítese do Estado absoluto, são os *limites* do poder estatal. Grande parte das teorias elaboradas no curso dos séculos e que levaram à formação do Estado liberal e democrático estão inspiradas em uma idéia fundamental: a de estabelecer limites ao poder do Estado. O Estado, entendido como a forma suprema de organização de uma comunidade humana, traz consigo, já a partir das suas próprias origens, a tendência para colocar-se como *poder absoluto*, isto é, como poder que não reconhece limites, uma vez que não reconhece acima de si mesmo nenhum outro poder. Esse poder do Estado foi chamado de *soberania*, e a definição tradicional de soberania, que se ajusta perfeitamente à supremacia do Estado sobre todos os outros ordenamentos da vida social, é a seguinte: *potestas superiorem non recognoscens*. Portanto, o Estado absoluto coloca-se como a encarnação mais perfeita da soberania entendida como poder que não reconhece ninguém superior.

O Estado absoluto nasce da dissolução da sociedade medieval, que era de caráter eminentemente pluralista. Dizendo que a sociedade medieval tinha um caráter pluralista, queremos afirmar que o direito segundo o qual estava regulada originava-se de diferentes *fontes* de produção jurídica, e estava organizado em diversos *ordenamentos jurídicos*. No que diz respeito às

fontes, operavam na sociedade medieval ao mesmo tempo, ainda que com diferente eficácia, os vários fatos ou atos normativos que, numa teoria geral das fontes, são considerados como possíveis fatos constitutivos de normatividade jurídica, quer dizer o costume (*direito consuetudinário*), a vontade da classe política que detém o poder supremo (*direito legislativo*), a tradição doutrinária (*direito científico*), a atividade das cortes de justiça (*direito jurisprudencial*). Com relação à pluralidade dos ordenamentos, pode-se dizer em geral que existiam ordenamentos jurídicos originários e autônomos, seja acima do *regnum*, isto é, a Igreja e o Império, seja abaixo, como os feudos, as comunas, as corporações. Em uma sociedade na qual não existe um poder único e unitário, não existindo, portanto, um critério único de avaliação jurídica, os limites do poder estão incluídos na sua própria estrutura, segundo o equilíbrio recíproco que os vários poderes produzem com a sua *concordia discors* e *discordia concors*.

Contra a sociedade pluralista medieval, as grandes monarquias absolutas do início da Idade Moderna se formam através de um duplo processo de unificação:

1) unificação de todas as fontes de produção jurídica na *lei*, como expressão da vontade do soberano. Dessa forma são gradualmente rejeitadas as fontes tradicionais do direito: ao costume atribuem-se efeitos jurídicos somente quando for reconhecido pela lei; a ciência do direito é cada vez mais considerada unicamente como um complexo de opiniões que, mesmo valiosas, nunca são vinculatórias; à jurisdição se reconhece o poder meramente secundário e derivado de aplicar as normas jurídicas de origem legislativa;

2) unificação de todos os ordenamentos jurídicos superiores e inferiores ao Estado no *ordenamento jurídico estatal*, cuja expressão máxima é a vontade do príncipe. Esse processo de unificação desenvolve-se em duas direções:

   a) na *liberação* operada pelas monarquias absolutas em relação aos poderes superiores, como a Igreja e o Império. E de fato, as monarquias absolutas lutam em duas frentes: contra a supremacia da Igreja universal para a instituição das igrejas nacionais (a Inglaterra no século XVI); contra a supremacia do Império universal pela formação dos Estados nacionais (as guerras seculares da França contra o Império);

   b) na *absorção* dos ordenamentos jurídicos inferiores, motivando então a luta do rei contra os senhores feudais, contra as autonomias comunais e os privilégios das corporações.

No final desse processo de unificação da sociedade medieval, dispersa e fragmentária, apresenta-se a seguinte situação que caracteriza, mesmo de maneira esquemática (e com a aproximação própria de cada esquema que é usado para um fim classificatório e didático), a natureza do Estado absoluto; sob o ponto de vista do direito, a monarquia absoluta é *a forma de Estado em que não se reconhece mais outro ordenamento jurídico que não seja o estatal, e outra fonte jurídica do ordenamento estatal que não seja a lei*. Nessas condições entende-se por que é possível dizer que o poder estatal é um poder absoluto: é absoluto porque se tornou definitivamente o único poder capaz de produzir o direito, isto é, de produzir normas vinculatórias para os membros da sociedade sobre a qual impera, e, portanto, não conhecendo outros direitos senão o seu próprio, nem podendo conhecer *limites jurídicos* para o próprio poder. É um poder absoluto no sentido próprio da palavra, isto é, como *legibus solutus*.

A melhor e mais coerente expressão do Estado absoluto encontra-se no pensamento político de Thomas Hobbes, cujas

teorias políticas adquirem um valor de paradigma. Nas obras de Hobbes encontra-se de fato:

1) a teoria segundo a qual a única fonte de direito é a vontade do soberano, por isso ele contesta a supremacia que, na Inglaterra, era conferida ao direito consuetudinário (*common law*). A essa polêmica ele dedicou uma obra da velhice, que ficou inacabada e pouco conhecida, intitulada *Diálogo entre um jurista e um filósofo* (da qual é possível encontrar uma tradução italiana em Th. Hobbes, *Opere politiche*, vol. I, Torino, Utet, 1959, pp. 392 - 558);

2) a teoria longamente documentada nas duas obras políticas principais (*De Cive* e *Leviathan*), segundo a qual a Igreja não constitui um ordenamento superior ao ordenamento estatal porque, como ordenamento jurídico, identifica-se como o estatal; a afirmação de que, nas relações dos Estados entre si (direito internacional), não existe nenhum poder superior aos Estados singulares e que, portanto, vale entre eles o estado de natureza, quer dizer, o estado segundo o qual não existe outro direito a não ser o do mais forte; a tese de que os ordenamentos jurídicos inferiores ao Estado adquirem relevância jurídica somente através do reconhecimento conferido a eles pelo soberano, motivo pelo qual não podem ser considerados ordenamentos originários nem autônomos.

2

O Maquiavelismo

No movimento do absolutismo estatal é necessário levar em conta também aquela doutrina política que foi chamada, com sentido depreciativo, de *maquiavelismo*. O maquiavelismo, no seu significado mais próprio, é um aspecto da luta para a formação do Estado absoluto, quer dizer, do Estado sem limites. Até agora falamos do Estado cujo poder é absoluto no sentido jurídico, quer dizer, sem limites jurídicos (*legibus solutus*). Mas podiam ser admitidos outros limites além dos jurídicos, como os religiosos e morais. Quando se proclamava que o príncipe estava acima das leis, geralmente não se queria dizer com isso que ele estivesse também acima das leis divinas e morais. Por meio da teoria do maquiavelismo são quebrados também esses limites: o príncipe não é mais somente livre dos vínculos jurídicos, mas é também (para usar uma expressão provocativa) além do bem e do mal, quer dizer, livre dos vínculos morais que delimitam a ação dos simples mortais. O maquiavelismo nesse sentido é a exposição teórica mais audaciosa sobre o absolutismo do poder estatal.

Que se entende por maquiavelismo? O maquiavelismo é uma interpretação de *O príncipe* de Maquiavel, em particular a interpretação segundo a qual a ação política, ou seja, a ação voltada para a conquista e a conservação do Estado, é uma ação que não possui um fim próprio de utilidade e não deve ser julgada por meio de critérios diferentes dos de conveniência e oportunidade. Em termos filosóficos modernos, fala-se que

Maquiavel teria sido o descobridor da política como categoria independente, distinta da moral e da religião, o divulgador da autonomia da política, da política não como moral nem como imoral, mas como amoral. De qualquer maneira, é certo que Maquiavel nos ensinou a julgar as ações do príncipe segundo a vantagem que oferece para o Estado, e não segundo seu valor moral; em outras palavras, segundo a conformidade aos fins da conquista e da manutenção do Estado, e seguramente não segundo a bondade intrínseca delas. Ao descrever a maneira "como o duque Valentino matou Vitellozzo Vitelli, Oliverotto da Fermo, o senhor Pagolo e o duque Gravina Orsini", Maquiavel é totalmente impassível. A ação suscita, moralmente, horror. Mas o julgamento político é um outro: aquela ação foi útil ou não para o Estado? Quando fala das virtudes e dos vícios dos príncipes, ele não se refere às virtudes e aos vícios dos quais falam os moralistas: virtudes são as qualidades idôneas à conservação do Estado, vícios são as que levam à destruição do Estado. Falando do duque Valentino, diz: "César Borgia era considerado cruel: *contudo* tal crueldade tinha ajustado, unido, apaziguado e oferecido confiança à Romagna" (cap. XVIII). Esse 'contudo' encerra integralmente o espírito do maquiavelismo. Que importa ao político que Borgia tenha sido tão cruel? O que importa ao político é saber se aquela crueldade foi útil ou não ao 'ajustamento' do Estado.

O maquiavelismo assim entendido chega a fazer parte da teoria da *razão do Estado*, que acompanhou a consolidação do Estado absoluto. Com a expressão 'razão de Estado' deve ser entendido que o Estado tem as suas próprias razões, que o indivíduo desconhece. Em nome de tais razões, o Estado pode agir de maneira diferente daquela pela qual o indivíduo deveria comportar-se nas mesmas circunstâncias. Em outras palavras, a moral do Estado, ou seja, daqueles que detêm o poder supremo de um homem sobre os outros homens, é diferente da moral dos indivíduos. O indivíduo tem obrigações que o soberano não tem. A teoria da razão de Estado é, portanto, uma outra maneira de afirmar o absolutismo do poder do soberano, o qual não está obrigado a obedecer nem às leis jurídicas nem às leis morais. Enquanto, através das teorias jurídicas, se vinha afirmando a supremacia do poder estatal sobre o direito, com as teorias do maquiavelismo e da razão de Estado dá-se um passo à frente: afirma-se a supremacia do poder estatal também sobre a moral (e sobre a religião). De outra forma não se poderia chegar à justificação do Estado absoluto. Chegar-se-ia, porém, a extremas conseqüências tais que se seguiriam forçosamente a reação e a decadência.[1]

3

Teorias sobre os Limites do Poder Estatal

O Estado moderno, liberal e democrático, surgiu da reação contra o Estado absoluto. Esse nascimento, que tem como fases culminantes as duas revoluções inglesas do século XVII e a Revolução Francesa, foi acompanhado por teorias políticas cujo propósito fundamental era o de encontrar um remédio contra o absolutismo do poder do príncipe. Na tradição do pensamento político inglês, que ofereceu a maior contribuição para a solução desse problema, dá-se o nome específico de 'constitucionalismo' ao conjunto de movimentos que lutam contra o abuso do poder estatal.[2]

O problema fundamental que preocupa os 'constitucionalistas' é o seguinte: se o príncipe tem um poder absoluto, pode abusar dele. Como se pode impedir o abuso do poder? Não se pode impedir, senão de um modo: *limitando-o*. Trata-se então de descobrir as várias formas para impedir o abuso do poder: as teorias políticas modernas estão todas voltadas para a busca de uma solução com relação a esse problema. Consideramos que se podem classificar três grandes grupos, em busca do remédio a ser preferencialmente proposto contra o abuso do poder.

1) *Teoria dos direitos naturais, ou jusnaturalismo.* Segundo esta teoria, o poder do Estado tem um limite *externo*: que decorre do fato de que, além do direito proposto pela vontade do príncipe (direito positivo), existe um direito que não é proposto por vontade alguma, mas pertence ao indivíduo, a todos os indivíduos, pela sua própria natureza de homens, independentemente da participação dessa ou daquela comunidade política. Esses direitos são os *direitos naturais* que, preexistindo ao Estado, dele não dependem, e, não dependendo do Estado, este tem o dever de reconhecê-los e garanti-los integralmente. Os direitos naturais constituem, assim, um limite ao poder do Estado, pois este deve reconhecê-los e não pode violá-los, pelo contrário, deve assegurar aos cidadãos o seu livre exercício. O Estado que se modela segundo o reconhecimento dos direitos naturais individuais é o *Estado liberal*, no sentido originário da palavra.

2) *Teorias da separação dos poderes.* Existem outras teorias que impõem ao Estado limites *internos*: independentemente do fato que o poder estatal tenha que deter-se diante de direitos preexistentes ao Estado, elas sustentam que a melhor maneira de limitar esse poder é *quebrá-lo*. Trata-se de conseguir que:

a) a massa do poder estatal não seja concentrada numa só pessoa, mas distribuída entre diversas pessoas;

b) as diferentes funções estatais não sejam confundidas num só poder, mas sejam atribuídas a órgãos distintos.

Segundo estas teorias, o limite do poder nasce de sua própria distribuição por duas razões:

1) não existirá mais uma só pessoa que tenha todo o poder, cada uma terá somente uma porção dele;

2) os órgãos distintos aos quais serão atribuídas funções distintas se controlarão reciprocamente (balança ou

equilíbrio dos poderes), de maneira que ninguém poderá abusar do poder que lhe foi confiado.

Se se consideram como funções fundamentais do Estado a função legislativa, a executiva e a judiciária, as teorias da separação dos poderes exigem que existam tantos poderes quantas são as funções e que cada um dos poderes exerça uma só função, assim que possa surgir o Estado desejado por essas teorias, Estado que foi também chamado *Estado Constitucional*, quer dizer, aquele Estado no qual os poderes legislativo, executivo e judiciário são independentes um do outro e em posição tal que podem controlar-se reciprocamente.

3) *Teorias da soberania popular ou democracia*. Existe uma terceira maneira de opor-se ao Estado absoluto do príncipe, proposta pelas teorias democráticas. Segundo essas teorias, não se trata de conter o poder limitando-o por meio de direitos naturais ou da distribuição para órgãos diferentes, mas de alcançar a *participação de todos os cidadãos*. Trata-se de uma verdadeira quebra do poder estatal, o qual, pertencendo a todos, disse Rousseau, é como se não pertencesse totalmente a ninguém. Veja-se que, nessa teoria, o remédio contra o abuso do poder não é tanto a limitação deste, mas a mudança incondicional do seu titular. O ponto de partida dessa teoria é a hipótese de que o poder fundamentado no consenso popular não pode cometer abusos, ou seja, que o povo não pode exercer o poder que lhe pertence contra si mesmo. Então, a diferença entre a teoria democrática e as outras duas consiste nisso: frente ao abuso do poder, as duas primeiras buscam motivos para limitar o poder absoluto; a terceira considera que o único remédio seja o fato de atribuir o poder a quem, por sua própria natureza, não pode abusar dele, ou seja, à vontade geral.

Esses três grupos de teorias podem ser considerados as etapas principais através das quais se desenvolve o pensamento político dos séculos XVII e XVIII até Kant. É útil considerar três formas diversas que a polêmica contra o Estado absoluto assume, porque as encontraremos no pensamento de Kant, que, sob certos aspectos, pode ser considerado uma síntese das doutrinas iluministas do Estado. Antecipamos desde já que encontramos em Kant tanto a afirmação dos direitos naturais como a teoria da separação dos poderes, ou a da vontade geral como fundamento do poder de fazer leis.

4

O Problema da Justificação do Poder

Parece que a doutrina moderna do Estado liberal e democrático está ligada às teorias do *contratualismo*, quer dizer, às teorias que fundamentam o poder estatal num acordo dos simples membros da comunidade. Mas as teorias contratuais respeitam o problema da *justificação* e do *fundamento* do poder, enquanto as que examinamos até agora referem-se a um problema diferente, ou seja, ao da *extensão* ou do âmbito do poder. Em outras palavras, pode-se dizer que as primeiras dizem respeito ao problema da *legitimidade* do poder, as outras dizem respeito à maneira pela qual o poder pode ser *exercido*. Queremos sustentar, agora, que o característico do Estado liberal e democrático não é tanto a maneira pela qual é justificado ou instituído, mas os limites que lhe são atribuídos, ou os meios escolhidos para impedir o abuso de poder. A prova dessa afirmação é que, com a própria teoria do fundamento, foram justificados na história do pensamento político tanto estados absolutos quanto limitados, tanto estados autocráticos quanto democráticos. O que vale para os fins da busca que aqui estamos conduzindo não é tanto que o poder soberano tenha esse ou aquele fundamento, mas que não possa abusar da própria força e que os direitos dos cidadãos sejam garantidos contra a prepotência de quem manda.

Também as teorias sobre o fundamento do poder estatal podem ser divididas em três grupos:

1) *Teorias do fundamento teológico do poder.* Segundo os autores que seguem estas teorias, o poder do soberano deriva de Deus, no sentido de que o poder máximo que um homem ou um grupo de homens têm sobre os outros pode encontrar a sua própria justificação somente no fato de que ele é uma manifestação do poder que Deus tem sobre o mundo. O texto fundamental a que se refere essa doutrina é o trecho de são Paulo:

   "Non est potestas nisi a Deo: quae autem sunt, a Deo ordinatae sunt. Itaque qui resistit potestati, Dei ordinationi resistit" (Ep. ad Rom. cap. XIII).

2) *Teorias do fundamento histórico do poder.* Segundo outros autores, o poder é o resultado de determinados acontecimentos históricos ou de uma determinada direção do desenvolvimento histórico, que concentraram numa pessoa, numa classe, num povo, a força para governar outros homens. Existe uma maneira característica segundo a qual em cada sociedade forma-se a autoridade: a *tradição*. Parafraseando o trecho de são Paulo, poder-se-ia dizer que, segundo esse ponto de vista, o poder não pode derivar senão da tradição, e quem resiste ao poder é como se se colocasse contra a autoridade da tradição.

3) *Teorias do fundamento voluntarista do poder.* Aqui o fundamento do poder não é buscado nem na potência divina nem na tradição histórica, mas no livre acordo dos homens que, num certo período do desenvolvimento histórico, decidiram a criação do Estado. Nesse terceiro grupo têm lugar as doutrinas do contratualismo. Elas derivam da consideração de que ninguém pode ter poder supremo sobre a vida e a morte dos outros homens se estes não tiverem aceitado livremente esse poder, se não

estiver baseado de fato na própria vontade daqueles que devam submeter-se a ele.[3]

Deve-se observar que todas as três teorias serviram para justificar tipos completamente diferentes de Estado, tanto a monarquia absoluta quanto o Estado democrático, tanto um poder ilimitado quanto um poder limitado. Vamos considerar alguns exemplos significativos.

A teoria teológica do poder foi certamente proclamada pelos defensores da monarquia absoluta: no curso do século XVII, uma das doutrinas mais difundidas era denominada 'direito divino dos reis'. Mas a origem divina do poder foi proclamada também pelos defensores do Estado democrático: *vox populi vox Dei*. Na afirmação de que o poder deriva de Deus, de fato não está incluída também a afirmação de que o poder tenha que pertencer a um príncipe mais que ao povo. Seguramente, o que vale para os fins de compreender o desenvolvimento do Estado moderno é exatamente a passagem da soberania do príncipe para a soberania do povo; e essa passagem acontece independentemente da mudança de opinião sobre a origem do poder.

Com relação às teorias sobre o fundamento histórico do poder, é certo que Robert Filmer, autor de uma famosa obra política intitulada *O patriarca* (1680), utilizou a narração histórica da Bíblia para sustentar a legitimidade do poder dos reis absolutos. Está também fora de dúvida, porém, que um dos primeiros escritores contra o absolutismo na Idade Moderna, o jurista huguenote Francesco Hotman (Hottomanus), apelou para a história da França em um não menos famoso livro, intitulado *Franco-Gallia* (1573), para lutar contra as pretensões da monarquia absoluta e para reivindicar os direitos dos parlamentos. A tradição histórica pode servir igualmente bem, segundo quem a utiliza e segundo os fins para os quais é utilizada, para justificar o poder do rei ou daqueles que lutam contra ele.

Finalmente, é notório que as doutrinas do contratualismo foram geralmente sustentadas pelos defensores do Estado limitado; mas existe também quem, como Thomas Hobbes, fundamentasse a soberania absoluta de forma contratual, sustentando que os indivíduos, para constituir o Estado, renunciam voluntariamente e, portanto, com base num acordo recíproco, aos seus direitos em favor do soberano, ao qual, uma vez concluído o acordo, devem submeter-se sem discussão. De resto, desde a Idade Média haviam sido elaboradas duas teorias para explicar a passagem voluntária do poder do povo para o príncipe:

a) a teoria da *translatio imperii*, com base na qual o povo despojava-se completamente da sua própria soberania originária para investir nela o príncipe;

b) a teoria da *concessio imperii*, com base na qual o povo transmitia ao príncipe não a efetivação do direito de soberania, mas somente o exercício segundo certas condições e num certo período de tempo.

Ambas as teorias partiam de um consenso originário. Configurando de maneira diferente esse consenso, contudo, num certo momento como um contrato de alienação e num outro momento como um contrato de mandato, o êxito político era totalmente diverso.

5

O Problema da Obrigação Política

Cada teoria do Estado oferece uma solução própria para o problema dos deveres que o cidadão tem diante das ordens do soberano: é o problema geralmente chamado *obrigação política*. Pode-se dizer, então, que cada teoria do Estado possui uma solução para o problema da obrigação política. Para nós vale a pena considerar que as teorias dos limites do poder do Estado têm como efeito uma mudança na reflexão sobre a obrigação política com relação às teorias do absolutismo. Em geral, podemos afirmar o seguinte: as doutrinas do absolutismo proclamam que o dever fundamental do súdito com relação aos comandos do Estado é a *obediência*; as doutrinas dos limites do poder proclamam, contra as ordens injustas do soberano, o direito de *resistência*. A formação dessas teorias desenvolve-se, então, paralelamente à afirmação do direito de resistência contra o dever absoluto de obediência. Por outro lado, deve-se observar que, com relação a esse problema, as doutrinas democráticas diferenciam-se totalmente, como veremos, das que se baseiam nos direitos naturais e das que colocam toda a esperança na separação dos poderes.

Com respeito à solução que as teorias políticas oferecem para o problema da obrigação política, podemos distinguir cinco grupos:

1) *Teorias que afirmam que a ordem do soberano é, enquanto tal, justa*. São as teorias extremas do absolutismo. Compreende-se que, se a ordem do soberano é, por definição, justa, o súdito não tem outro dever a não ser o de prestar-lhe obediência. Essa doutrina é sustentada pelo teórico conseqüente que é Hobbes: ele afirma que, no estado de natureza, em que cada um tem direito sobre cada coisa, não é possível distinguir o justo do injusto, a distinção somente é possível onde for instituído um estado civil, ou seja, onde uma multidão de homens isolados se submete voluntariamente ao poder do soberano. Uma vez instituído o poder soberano, existe finalmente um critério para distinguir o justo e o injusto. O critério é o seguinte: é justo aquilo que o soberano manda; é injusto aquilo que ele proíbe. Daí segue que a ordem do soberano é justa por definição, é justa pelo único motivo de ser ordem de quem possui o poder supremo. Ao súdito, que renunciou voluntariamente a todos os próprios direitos naturais para atribuí-los ao soberano, não cabe o direito de julgar as ordens do soberano; ele deve aceitá-las como justas e, portanto, é obrigado a submeter-se a elas incondicionalmente.[4]

2) *Teorias que afirmam que a ordem do soberano pode ser injusta, mas ainda assim deve ser obedecida*. Nessas teorias a questão da justiça ou injustiça do poder é dissociada da questão da obediência. Admite-se que o poder pode ser injusto (por exemplo, afirma-se, coisa que Hobbes não admitia, que o poder pode tornar-se tirânico e, como tal, realizar ações injustas), mas esse fato não dispensa o súdito do dever da obediência. Para Hobbes, como também para esses autores, não cabe ao súdito julgar as ações dos soberanos. Se tal julgamento coubesse aos súditos, estes seriam levados com excessiva facilidade a considerar injustas também as leis justas, e a não obedecer. Que o soberano cometa uma ação injusta é certamente um mal; mas seria maior o mal para a sociedade se se con-

sentisse ao súdito não se submeter às leis que cada um julgasse injustas. Segundo esses autores, é a tirania seguramente melhor do que a anarquia. Essa doutrina geralmente é aceita, por exemplo, na tradição escolástica (é possível encontrar um exemplo num trecho de são Tomás, *De regimine principum*, I, 6, no qual se afirma que a tirania deve ser suportada quando, por motivo da tentativa de sua derrubada, possam surgir males maiores), é compreensível com vários limites e diversas afirmações segundo os diferentes autores. Existem casos extremos de tirania nos quais também os seguidores dessa doutrina admitem o direito de resistência.

3) *Teorias que afirmam que a ordem do soberano pode ser injusta, que é possível desobedecer, mas deve ser aceita a punição por causa da desobediência cometida.* Segundo esses autores, não há dúvida de que a ordem do soberano pode ser injusta; mas o comportamento do súdito no caso em que o soberano chegue a violar, por exemplo, as leis divinas, é um problema complexo. Se admitimos o direito de desobedecer, é possível o aparecimento da anarquia; mas se admitimos o dever de obedecer a qualquer custo, viola-se o que existe de mais precioso na humanidade, ou seja, a consciência religiosa e moral do súdito. Por meio dessa nova teoria busca-se superar as dificuldades, distinguindo em cada norma jurídica uma parte preceitual, o assim chamado preceito (por exemplo, "não se deve roubar"), e uma parte relativa à sanção, a assim chamada sanção (por exemplo, "se roubar, vai ser preso"). E sustenta-se que, no caso de lei injusta, o súdito tem o direito de resistir ao preceito, mas ao mesmo tempo tem o dever de submeter-se à sanção, ou seja, de sujeitar-se, sem resistir, à pena que o soberano decida atribuir-lhe pela violação cometida. Tal teoria chama-se teoria da *obediência passiva* e foi sustentada principalmente pela maioria dos defensores da monarquia absoluta de direito divino. Ela visava a resguardar justamente o sagrado da consciência individual e a autoridade do Estado no período das guerras religiosas e da oposição entre religião de Estado e religião individual.

4) *Teorias que afirmam que a ordem do soberano pode ser injusta e, no caso de injustiça, tem-se o direito de resistir a ela, e o direito de resistência é natural.* Chegamos aqui à teoria que, no capítulo 3 desta parte, indicamos como doutrina liberal. Se o poder estatal está limitado pela presença de direitos naturais independentes do Estado, o Estado que viola um direito natural sai dos limites do próprio poder, realiza uma ação injusta. Nesse caso, o indivíduo tem o direito natural de desobedecer à ordem injusta: como garantia do direito natural violado existe, como *extrema ratio*, o direito natural de desobedecer à norma que viola o direito natural. O direito natural encontra a própria garantia em si mesmo. Recorde-se que, no art. I da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, são enumerados os direitos naturais do indivíduo. Estes são: liberdade, propriedade, segurança, *resistência contra a opressão*. O lado inoportuno de uma tal doutrina é que, se o direito de resistência é um direito natural, não é garantido pelo Estado, e, portanto, ao direito de resistir por parte do indivíduo não corresponde, por parte do Estado, o dever de respeitá-lo. Se o Estado inflige uma pena por motivo de resistência, que direito ulterior cabe ao cidadão? A luta entre os direitos naturais e o poder organizado do Estado é uma luta desigual. Somente em caso de direito de resistência há uma possibilidade de êxito: quando a minha resistência se alia à de outros, a resistência individual transforma-se em resistência coletiva ou revolução, e esta derruba o governo injusto para instaurar um governo novo.

5) *Teorias que afirmam que a ordem do soberano pode ser injusta, que, no caso de injustiça, se tem o direito de resistir contra ele e que o direito de resistência é positivo.* A essas teorias correspondem as que chamamos, no capítulo 3 desta parte, de teorias da separação dos poderes. Qual é de fato o fim principal da separação dos poderes? É o de garantir o direito de resistência, de transformar o direito de resistência de direito natural em direito positivo. Dois dos principais efeitos da separação dos poderes são:

a) a separação do poder legislativo do poder executivo;

b) a separação do poder judiciário do poder executivo.

Numa palavra, seria possível dizer que a separação dos poderes visa ao isolamento do poder executivo. Por meio do primeiro efeito obtém-se que o poder executivo não pode substituir o poder legislativo e, portanto, é colocado na condição de não poder abusar do próprio poder ou, pelo menos, de poder fazê-lo muito mais raramente. Por meio do segundo efeito obtém-se que, frente ao abuso do poder executivo, o cidadão tem a possibilidade de recorrer ao poder judiciário para a eliminação do abuso, ou seja, não somente de não obedecer à ordem injusta, mas também de conseguir anulá-la. Se isso acontece, o direito de resistência não é mais uma aventura arriscada fora do direito positivo, mas um direito garantido no âmbito do ordenamento jurídico, ou seja, um direito positivo. O estado no qual o direito de resistência não é mais um direito natural não protegido, mas um direito positivo protegido, chama-se geralmente 'estado de direito', entendendo-se com essa expressão que os próprios órgãos supremos do Estado estão submetidos ao direito positivo (e não somente ao direito natural).

Surge agora a pergunta, no final dessa classificação, sobre onde se dão as teorias democráticas, ou seja, as teorias que foram expostas como últimas no capítulo 3 desta parte. Não se pode proceder como nas teorias precedentes, no que diz respeito à proteção do indivíduo contra o poder injusto. E então: onde colocaríamos as teorias democráticas? Pode parecer um paradoxo histórico, mas é fato que, para encontrar um lugar para as teorias democráticas com relação à própria maneira de colocar o problema da obrigação política, temos que voltar ao ponto de partida. Uma teoria democrática no estado puro como a de Rousseau coincide perfeitamente com a teoria de Hobbes, segundo a qual a ordem do soberano é justa em si e, portanto, não pode propor a questão se é obrigatório admitir o direito de resistência. E, de fato, quem é o soberano, segundo Rousseau? É a vontade geral. Mas a vontade geral é a expressão global dos interesses e dos sentimentos da sociedade dos cidadãos. E, portanto, como tal, *não pode errar*: ela é infalível. A idéia-força que move Rousseau é que o Estado será tanto mais perfeito quanto mais sua vontade coincida com a vontade geral. E isso porque se deve considerar um Estado no qual as leis sejam sempre justas e chegar à constituição da vontade geral como única fonte do direito. Uma vez instaurado o Estado como expressão da vontade geral, porém, o indivíduo não tem mais motivo para resistir, porque a vontade geral é sempre justa. O cidadão que resistisse à vontade geral seria como se resistisse a si mesmo. Assim o ciclo se fecha: a teoria democrática extrema coincide, no que diz respeito à obediência do cidadão, com a teoria extrema do absolutismo. O que diferencia as duas é a natureza da ordem, como vamos ver: no Estado absoluto o comando é *heterônomo*, no Estado democrático é *autônomo*.

6

Exemplificação Histórica

Para compreender melhor o desenvolvimento histórico do pensamento político até Kant, será útil analisar algumas etapas características desse desenvolvimento, esclarecendo algumas teorias e movimentos. Não temos a pretensão de apresentar uma história completa. Será uma breve história, segundo exemplos escolhidos para fins didáticos.

Os momentos mais interessantes da luta em prol do Estado moderno são três:

1) o período das guerras religiosas, especialmente na França, no final do século XVI;
2) a guerra civil e a assim chamada revolução pacífica na Inglaterra;
3) a Revolução Francesa.

No primeiro período ilustraremos brevemente as teorias do tiranicídio, também chamadas *monarcomaci.* No segundo período nos firmaremos em três momentos: o *liberalismo republicano*, o *democratismo dos niveladores* e a *teoria do Estado liberal* de John Locke. No terceiro período escolhemos para uma breve ilustração os dois pensadores políticos que exerceram a maior influência sobre a Revolução Francesa e cujas teorias são retomadas e reinterpretadas pelo próprio Kant: Montesquieu e Rousseau.

7

Os Monarcomaci

Chamam-se *monarcomaci*[5] alguns escritores políticos calvinistas que, no período das guerras religiosas, afirmaram o direito de resistência contra o príncipe injusto ou ilegítimo (tirano), e fundamentaram esse direito no conceito de que o poder do príncipe é limitado e deriva do consenso popular. São autores nos quais se encontram afirmadas tanto a teoria dos direitos naturais quanto a do contratualismo. Muitas são as obras, quase sempre panfletos, que podem ser incluídas nesse grupo. Vamos lembrar, pelo valor paradigmático, duas.

A primeira é: "*De iure magistratuum in subditos et officio subditorum erga magistratus*" (*1575*). O autor é Théodore de Bèze, discípulo e sucessor de Calvino. O ponto de partida é ainda a teoria tradicional do fundamento divino do poder, como resulta no trecho: "*Sola unius dei optimi maximi voluntas cum perpetua sit et immutabilis omnis iustitiae regula, illi sine expectione parendum esse dicimus*".

Nesse trecho afirma-se que existe um dever absoluto de obediência à vontade divina, a base imutável de toda justiça. E porque os príncipes comandam: "*...ex ore Dei, illis quoque semper et sine exceptione oboediendum esse*"; ou seja, porque os príncipes comandam *ex ore Dei*, a eles se deve obedecer como a Deus. Mas essa obediência, exatamente porque está fundamentada no pressuposto da correspondência da vontade do príncipe com relação à vontade divina, está condicionada. A condição está expressa claramente neste trecho, que abre a porta para a

afirmação do direito de resistência: "*Addenda est ad illa haec conditio: dum nihil vel impium vel iniquum praecipiant. Unde consequitur, non populus propter magistratum, sed contra magistratus propter populum fuisse creatos*".

A obediência ao príncipe tem limites. Quais são esses limites? Que o príncipe não mande nada que seja contra as leis divinas (*impium*) ou contra as leis humanas (*iniquum*). Bèze explica que o magistrado é criado pelo povo como, repetindo analogias tradicionais, o tutor pelo tutelado, o pastor pelo rebanho.

Segundo a tradição, o autor distingue três casos típicos de violação dos limites do poder por parte do príncipe:

1) a *usurpação* do poder. É o caso que comumente é chamado *tyrannus ex defectu tituli*, ou do príncipe ilegítimo. Este primeiro caso pode apresentar-se sob duas formas:

   a) a usurpação do poder no interior do Estado;

   b) a usurpação do poder de um Estado alheio (o que mais comumente é chamado de 'conquista');

2) o *exercício injusto* de um poder legítimo. É o caso ao qual a tradição tinha dado o nome de *tyranus quoad exercitium*, ou do príncipe injusto. Todos os três casos levam, segundo Bèze, ao problema dos limites da obediência e da legitimidade do direito de resistência. Em particular, o problema se divide em duas perguntas:

   a) em qual dos três casos surge o direito de resistência?

   b) uma vez surgido, a quem cabe?

As respostas que oferece o nosso autor são as seguintes: no primeiro caso (sub. 1 a), é lícita a resistência, mas ela cabe, em primeiro lugar, não ao povo, mas somente aos magistrados; ao povo somente em *extrema ratio*, se os magistrados, por conivência com o tirano, recusam-se; no segundo caso (sub. 1 b),

que é aquele de violação mais manifesta, a resistência cabe a todo o povo; no terceiro caso (sub. 2), a resistência cabe somente aos magistrados, sendo que o povo não tem outro poder, a não ser deixar valer os próprios direitos através dos legítimos magistrados.

A segunda obra que queremos considerar, muito mais importante e explícita do que a primeira, intitula-se: *Vindiciae contra tyrannos* (1597). Foi publicada sob o nome de *Irinius Brutus*. Só recentemente foi confirmada sua atribuição a dois notáveis escritores e chefes huguenotes: o prefácio (o qual, note-se, é uma invectiva contra o maquiavelismo) é atribuído a Hubert Languet; o texto, a Philippe du Plessis Mornay.

Nessa obra existe uma enunciação clara da tese do contratualismo, segundo a qual o poder nasce do consenso. Para o autor, dois são os contratos que estão na base do poder estatal:

1) um *pacto entre o povo, o rei e Deus*, com base no qual, seja o povo, seja o rei, estão solidariamente vinculados ao respeito das leis divinas. Assim, quando se comete uma injustiça, transgredindo-as, é tanto do povo com relação ao rei quanto do rei com relação ao povo;

2) um *pacto entre o povo e o rei*, com base no qual ambos os contraentes estão obrigados, um a comandar com sabedoria e o outro a obedecer com respeito ao sábio comando.

A reciprocidade do pacto ressalta muito bem nesse trecho: "*Duplex autem foedus in regum inauguratione legimus, primum inter Deum et Regem et populum ut esset dei populus, secundum vero inter Regem et populum ut bene imperanti bene obtemperaretur*".

A obra de Brutus está dividida em quatro partes, das quais cada uma coloca um problema essencial para a discussão que estamos expondo:

I. *Se os súditos são obrigados a obedecer a um príncipe que lhes imponha violar a lei de Deus*. A resposta é negativa. Deus é superior aos reis, como os reis aos seus próprios barões. Portanto, o rei é obrigado a respeitar as leis divinas. Em caso contrário, surge nos súditos o direito de resistência.

II. *A quem cabe o direito de resistência*. No caso de violação, por parte do príncipe, das leis divinas, o povo tem o direito de resistência, sempre que a resistência seja exercida por todo o povo. O direito de resistência é admitido também no caso em que seja uma só cidade que oponha resistência. Não é lícita, pelo contrário, a resistência de um indivíduo isolado. Os cidadãos *uti singuli* têm somente o direito de apoiar a resistência legítima das autoridades naturais.

III. *Se os súditos têm o direito de resistir a um príncipe que viole a lei civil*. Nesse caso, intervém o segundo pacto, entre o povo e o rei; não o respeitando, o rei torna-se tirano. E, quando o rei se torna tirano, o direito de resistência cabe aos magistrados, os quais têm, em primeiro lugar, o dever de advertir o rei sobre as ações erradas. Se o rei continuar na conduta injusta, eles têm o dever de resistir. O direito de resistência cabe ao povo somente no caso de tirania *ex defectu tituli*, ou seja, de usurpação.

IV. *Se os príncipes vizinhos têm, em ambos os casos, o direito e o dever de intervenção para lutar contra a tirania*. A resposta é afirmativa: isso equivale à afirmação do assim chamado *direito de intervenção* de um Estado nos acontecimentos internos de um outro Estado (o que não é aceito no direito internacional atual).

Tanto na obra de Bèze quanto na de Brutus, vê-se que a afirmação dos limites do poder estatal (sejam eles constituídos

pelas leis divinas ou pelas leis humanas) coincide com a representação da tirania como poder que exorbita dos limites. Coerente com as suas premissas, Hobbes, pelo contrário, não aceitando limites para o poder estatal, tampouco admite a figura do tirano, ligada estritamente à doutrina dos limites do poder estatal. Concluindo, é possível dizer que o problema dos limites do poder coincide com o da definição do tirano, e o problema do direito de resistência com o comportamento que devem ter os súditos frente ao tirano.

A obra mais ampla e conclusiva desse primeiro período dito dos *monarcomaci* é o grande tratado de Giovanni Althusius, intitulado *Politica methodice digesta* (1603), verdadeira *summa* da doutrina política contra o absolutismo. Também Althusius, jurista, professor de direito em Herborn, prefeito da cidade de Emden (na Frísia Oriental), é calvinista. Sua obra, de grande difusão e notoriedade nos primeiros anos, quando ainda ferviam as disputas que a tinham provocado, caiu no mais profundo esquecimento na segunda metade do século XVII, e só voltou à notoriedade dois séculos mais tarde, pela obra do jurista alemão Otto von Gierke, que lhe dedicou um estudo ainda hoje fundamental.[6]

A idéia inspiradora da teoria política de Althusius é o *contratualismo*. O homem é um animal social que vive em associações de vários tipos, às quais Althusius dá o nome de *consociationes symbioticae* (ou seja, uniões orgânicas): famílias, corporações, comunidades, províncias, estados. Todas essas associações estão fundamentadas no consenso, expresso ou tácito, e não são exatamente sociedades naturais, ou seja: surgidas da natureza do homem, mas artificiais. No que diz respeito ao Estado, última e mais perfeita forma de sociedade, pensa-se que Althusius seja o inventor da doutrina do *duplo contrato*, doutrina típica nos jusnaturalistas. Por teoria do duplo contrato entende-se a doutrina que afirma ser o fundamento do Estado contratual, mas que para a sua instituição

são necessários dois contratos sucessivos. Estes dois contratos são:

1) o *pactum societatis*. É o contrato por meio do qual os indivíduos isolados que vivem no estado de natureza, decidindo abandonar esse estado, instituem uma convivência regular entre si. Os sujeitos do acordo são os próprios indivíduos; o fim é a convivência pacífica. Através desse primeiro contrato uma multidão dispersa torna-se *populus*;

2) o *pactum subiectionis*. É o contrato pelo qual os indivíduos que já constituem uma sociedade, como *populus*, decidindo oferecer uma estrutura estável mediante a organização de um poder coercitivo sobre a sociedade constituída, instituem aquela forma particular de sociedade, seguindo uma estrutura hierárquica, que é o Estado. Os sujeitos desse novo contrato são, por um lado, o *populus* e, por outro lado, a pessoa ou as pessoas às quais é confiado o poder supremo. Com esse segundo contrato os indivíduos visam a obter a garantia da vida, dos bens e das pessoas, que somente por meio de um poder supremo provido de força coercitiva torna-se eficaz, em troca da submissão e da obediência. O *pactum subiectionis* é, em outras palavras, o pacto com o qual povo e soberano estabelecem os recíprocos direitos e deveres.

No que diz respeito ao *pactum subiectionis*, vimos, no final do capítulo 4 desta parte, que podia apresentar-se sob duas formas: *translatio imperii* e *concessio imperii*. Althusius é um firme defensor da segunda forma. Ele afirma que o *ius maiestatis* pertence exclusivamente ao povo (teoria da soberania popular); e que esse direito é inalienável, o que significa que o povo não pode transmiti-lo a outros (contra a teoria da *translatio*), mas somente *delegá-lo* (teoria da *concessão*). Os governantes são, portanto, qualificados não tanto como titulares de direitos

soberanos, mas simplesmente como executores do direito soberano do povo, como *mandatários*, que são obrigados a agir dentro dos limites do mandato se não querem ser destituídos de suas funções. Em particular, o *pactum subiectionis*, no qual culmina a formação do poder estatal, desenvolve-se, segundo Althusius, em duas fases:

1) a *electio* do *summus magistratus*, que se dá por obra dos éforos ou magistrados inferiores (e não por obra de todo o povo);

2) a *promissio oboedientiae* por parte do povo, que jura obedecer ao sumo magistrado em troca da segurança de uma ordem civil estável. Mas, atenção, a promessa é condicionada. E, de fato, é feita, como explica Althusius: "*sub conditione tacita vel expressa si magistratus iuste et pie imperaturus*".

Os advérbios *iuste* e *pie* indicam: o primeiro, os limites que derivam das leis humanas; o segundo, os que derivam das leis divinas.

O capítulo XXXVIII da obra de Althusius é dedicado à tirania. Também aqui encontramos a casuística usual, mas juntamente com uma solução mais avançada com relação aos autores precedentes:

1) o *tyrannus absque titulo* deve ser considerado um inimigo; portanto, é lícita a resistência de todo o povo contra ele;

2) o *tyrannus quoad exercitium* provoca também o direito de resistência, que pode ser exercido de maneira coletiva pelo povo e pelos magistrados inferiores (éforos). Não se refere ao cidadão singular, ao qual é lícita somente a resistência passiva (e não a ativa) ou legítima defesa.

8

O Estado Limitado na Inglaterra

O segundo período decisivo para a luta contra o Estado absoluto é o da longa revolução inglesa, que vai da reabertura do Parlamento (1640), através da Guerra Civil, da ditadura de Cromwell e da restauração monárquica, até a gloriosa revolução do ano 1688. O vento da Reforma passou pela Inglaterra e a transformou profundamente. E a Inglaterra hoje se apresenta como o país no qual Reforma e constitucionalismo estiveram conexos de maneira mais estreita. É necessário, porém, acrescentar que a formação de um Estado constitucional, fundado nos limites do poder soberano e na garantia dos direitos naturais do indivíduo, era favorecida pela própria tradição da monarquia inglesa. A monarquia inglesa nunca fora uma monarquia absoluta; por esse motivo, a reação contra a tendência para o absolutismo dos Stuart foi mais forte do que em outro lugar. Certamente, a dissidência política foi alimentada pela dissidência religiosa, uma vez que o absolutismo político tendia a valer-se, para os próprios fins, da igreja de Estado (anglicanismo). Assim, contra a monarquia encontraram-se alinhados, ainda que em luta entre eles, os movimentos religiosos contra o anglicanismo, sejam os presbiterianos, seja a ala extrema do não-conformismo religioso, os puritanos, ambos de luta política, favorecendo a dissolução do absolutismo estatal e a afirmação da liberdade religiosa e de pensamento, fundamento do Estado liberal clássico.

A Inglaterra era, portanto, o terreno mais favorável para o florescer das novas teorias liberais que vinham dos movimentos extremos da Reforma. Uma opinião tradicional entre os juristas ingleses pretendia que a monarquia inglesa jamais tivesse sido absoluta e, como monarquia limitada, devesse ser contraposta à francesa. Era também tradicional a representação do Estado inglês como um *Estado misto*, entendendo-se por 'Estado misto', segundo os escritores clássicos, um Estado nem monárquico, nem aristocrático, nem democrático (monarquia, aristocracia e democracia eram as três formas típicas de governo apresentadas por Aristóteles), mas possuidor de algo das três formas, tendo um rei (representante do princípio monárquico), uma câmara alta (representante do princípio aristocrático) e uma câmara baixa (representante do princípio democrático). Deve-se notar aqui que a teoria do Estado misto foi uma das fontes históricas das quais nasceu a teoria da separação dos poderes de que já falamos, que caracteriza de maneira peculiar o Estado inglês. Uma das razões adotadas para afirmar a superioridade do governo misto sobre qualquer outra forma de governo era que ele realizava a separação dos poderes, uma vez que não existia um só órgão soberano, mas três órgãos diferenciados entre si e em concorrência recíproca.

Um dos mais famosos cultores do pensamento político inglês, Mc Ilwain, numa obra notável traduzida também para o italiano, *Constituzionalismo antico e moderno* (Veneza; Neri Pozzi, 1956), tentou explicar historicamente o desenvolvimento peculiar da monarquia inglesa como Estado limitado. Ele afirma, com base em estudo profundo de documentos e textos antigos, que a característica fundamental da monarquia inglesa era, desde as origens, a distinção *entre poder de governo* (*gubernaculum*) e *poder jurisdicional* (*jurisdictio*). De fato, o poder de governo era absoluto ou sem controle no que diz respeito à ação política, mas estava subordinado ao poder jurisdicional no que diz respeito às suas relações com os cida-

dãos, os quais eram protegidos pelo direito comum (*common law*), aplicado pelos juízes. A separação entre *gubernaculum* e *jurisdictio* era uma atuação histórica da separação dos poderes e permitia aquela proteção dos direitos individuais para a qual tendiam todas as doutrinas do Estado limitado. Onde existia um direito comum, ou seja, um direito positivo, aplicado pelas cortes, superior no que diz respeito pelo menos às matérias de direito privado, ao direito do rei, o direito que o cidadão tinha de resistir ao abuso do poder executivo não era puro direito natural, mas um verdadeiro direito positivo, ou seja, um direito garantido e protegido no próprio interior do ordenamento jurídico. Assim, é possível explicar como a Inglaterra foi o primeiro país no qual se realizou a separação dos poderes e com isso tenha colocado as bases do Estado constitucional moderno.

Não é possível apresentar aqui, nem em grandes traços, a história muito rica, variada e importante das doutrinas políticas inglesas no século XVII. Escolhemos algumas obras significativas para caracterizar três momentos decisivos (com referência ao capítulo 6 desta parte): a ala do liberalismo moderado, que tem alguns dos mais ilustres escritores políticos da época, a ala da democracia radical e revolucionária, na figura do partido político dos Niveladores, e a síntese teórica e política do Estado liberal moderno, realizada pelo filósofo John Locke.

9

O Liberalismo Republicano

Os personagens mais importantes desse movimento são John Milton, James Harrington e Algernon Sidney.

Milton foi, além de poeta, escritor político. Mais do que um teórico da política, foi um escritor polêmico, um panfletário, um político militante.

Lembremo-nos alguns escritos políticos seus: *O direito do rei e dos magistrados* (1649); *Defensio pro populo anglicano* (1651), contra o escrito de Salmasio de Leydan *Defensio pro Carlolo I* (1649); (uma segunda *Defensio* é de 1654, e uma *Pro se defensio*, de 1655); *Do estabelecimento rápido e feliz de uma república livre* (1660).

Milton é notável na história do pensamento político, principalmente pelo seu escrito em defesa da liberdade de imprensa. Exatamente por essa defesa pode ser incluído entre os teóricos do Estado liberal, do qual a liberdade de imprensa é uma das mais importantes características. O escrito em questão intitula-se *Aeropagitica* (existe uma tradução para o italiano, da Editora Laterza, com a colaboração de S. Breglia). Foi elaborado em 1644, por ocasião da ameaça de aplicação de uma lei que deveria ter instaurado a censura prévia contra a imprensa. O discurso tem estilo de uma oração clássica. Sustenta que a censura prévia contra a imprensa reduziria o Estado inglês à condição de uma igreja intolerante e levaria à instauração de um verdadeiro tribunal de inquisição. Combate a censura por meio de argumentações his-

tóricas e racionais. Indica, por um lado, os antigos exemplos de Grécia e Roma, que jamais conheceram, entre as suas próprias instituições, a censura contra a imprensa, motivo pelo qual todos os cidadãos podiam expressar livremente as idéias, ainda que em oposição ao Estado. Por outro lado, evidencia eloqüentemente como a censura prévia teria por efeito o conformismo mais desolador, sendo que qualquer Estado honesto e civil precisa, para sustentar-se, de cidadãos livres e sem preconceitos, que amam a crítica e a verdade, a qual pode ser alcançada somente através da livre discussão. O texto de Milton é um modelo de oração política e pode ser lido ainda hoje com o máximo proveito, porque as argumentações que apresenta são ainda válidas e precisam ser repetidas de vez em quando.

Dos três escritores aos quais este parágrafo é dedicado, o mais importante é James Harrington, o maior escritor político inglês do século XVII após Hobbes e Locke. Além de escritos menores, ele elaborou uma obra fundamental intitulada *Oceana* (1654). A tese principal (que pode ser considerada como uma verdadeira descoberta, uma antecipação de dois séculos da doutrina do materialismo histórico) é a seguinte: *Empire follows the nature of property*, ou seja: "O poder (entende-se o supremo poder do Estado, a soberania) segue a natureza da propriedade". Esta frase significa que a natureza do poder político (*empire*) depende da natureza do poder econômico (*property*), em outras palavras, que as várias formas de governo refletem a diversa estrutura econômica da sociedade. A doutrina tradicional das três formas de governo as distinguia de maneira extrínseca, segundo o número dos participantes do grupo dirigente (um, poucos, muitos). Harrington observa, pela primeira vez com tanta clareza, que uma distinção intrínseca das formas de governo é somente a que se baseia nos diversos modos de distribuição da terra e, portanto, no modo diverso segundo o qual está distribuído o poder econômico. Distingue, portanto, as diversas formas de governo da seguinte maneira:

1) *monarquia absoluta*: é o governo no qual uma só pessoa tem o poder político, enquanto só ele possui todo o território do Estado. O rei, na monarquia absoluta, é titular de cada bem existente no país; não tem somente o *imperium*, mas também o *dominium*, e tem o *imperium* exatamente porque tem, e até o momento em que consegue tê-lo, o *dominium*. A propriedade dos súditos com relação à terra é uma concessão do soberano;

2) *monarquia feudal*: é o Estado no qual o poder político se caracteriza pelo fato de ser fortemente dominado pelos grandes proprietários da terra, que são de fato os senhores feudais. Quanto maior o poder econômico dos senhores feudais, maior é seu poder político;

3) *república*: é o Estado no qual a propriedade está dividida, extinguem-se as grandes propriedades feudais, e o poder político, conseqüentemente, se amplia. Essa era a fase por que estava passando, segundo Harrington, a Inglaterra de seu tempo. E exatamente a transformação do regime da terra explicava a revolução que marca a transição do regime feudal ao regime burguês. Ele pensava que, mudando-se o regime econômico, deveria mudar também o regime político. E se um regime político continua a durar não obstante a mudança da propriedade, torna-se um regime corrupto. A doutrina política antiga, derivada de Aristóteles, conhecia, além das formas puras de governo, as formas corruptas: à monarquia correspondia a tirania, à aristocracia a oligarquia, à democracia a demagogia. Com sua teoria, Harrington oferece uma explicação para a degeneração das formas de governo: a degeneração acontece quando o regime político arcaico sobrevive a uma situação econômica transformada. Essa era a situação da Inglaterra, e tal situação explicava a guerra civil. Ele era favorável à mudança política, por-

que achava isso necessário, uma conseqüência inevitável da transformação do regime econômico que tinha criado uma nova classe de proprietários.

Como conseqüência das transformações econômicas, o regime adequado para a Inglaterra era, segundo Harrington, a *república* (*commonwealth*). Por isso ele era republicano. Duas instituições características da república, como ele a concebia, e que tinham o fim de impedir qualquer abuso de poder, eram o *equilíbrio dos poderes* e a *rotatividade dos cargos*. Os poderes fundamentais eram três:

1) o *Senado*, ao qual cabia a iniciativa das leis;
2) a *Câmara dos Comuns*, órgão representativo do povo, ao qual cabia a tarefa de aprovar as leis propostas pelo Senado;
3) os *magistrados*, que tinham função executiva. Esses poderes não deviam, segundo a concepção de Harrington, estar separados, mas *equilibrados* (*librated*), em equilíbrio entre si, "de maneira que ninguém que tenha interesse em usurpar o governo tenha também o poder, e ninguém que tenha o poder tenha interesse nisso".

No que diz respeito à rotatividade dos cargos, compara-a com a circulação do sangue: uma república é tanto mais perfeita quanto mais os eleitos são trocados num breve período de tempo. Ele propunha que os magistrados fossem eleitos para um período de não mais do que um ano e que não fossem reelegíveis de imediato.

Algernon Sidney, espírito combativo e independente, participou da revolução, retirou-se do Conselho de Estado quando Cromwell tornou-se protetor (1653), passou no exílio os primeiros anos da restauração; de volta à Inglaterra (1677), foi um

dos chefes do partido *Whig*; implicado na conspiração de Rye House (1683), foi decapitado. Sua obra política, intitulada *Discurso sobre o governo*, foi publicada postumamente no ano de 1698. Como o primeiro *Tratado sobre o governo civil* de Locke, também a obra de Sidney surge de uma polêmica com Filmer. Desde as primeiras páginas se observa uma severa condenação de todos os seguidores da tirania e uma defesa apaixonada da liberdade natural do homem. O conceito fundamental que pode ser extraído da obra é que o melhor governo é o *governo limitado pela lei*. Existe uma contraposição contínua entre a monarquia absoluta, considerada como governo detestável, e a monarquia limitada, que é a única a merecer respeito. A monarquia limitada é mais uma vez o *governo misto*, ou seja, o governo que tem monarquia, aristocracia e democracia. O governo misto é o ideal de Sidney: ele corresponde inclusive à história da monarquia inglesa e seria a única garantia da liberdade dos cidadãos.

10

Os Niveladores

Os escritores que examinamos até agora surgem como defensores do Estado limitado contra o Estado absoluto. Podem ser chamados com justiça de teóricos do Estado liberal ou constitucional, uma vez que a característica da concepção liberal ou constitucional é a doutrina dos limites do poder estatal e a atuação de remédios contra a possibilidade de que o poder abuse das próprias prerrogativas soberanas. Não podem chamar-se escritores democráticos, porque consideram como fundamento da participação do poder político a propriedade (como será o caso também de Locke). Característica fundamental da teoria democrática é a *igualdade política*, ou seja, a participação do poder político de todos os cidadãos, independentemente da posse de bens.

Movimento tipicamente democrático é o dos Niveladores, um pequeno partido que atuou entre 1647 e 1649, no momento da revolução vitoriosa. Eles representam a ala radical da revolução, buscam levar os chefes da revolução, através de várias agitações, principalmente no Exército do Novo Modelo, a uma ruptura completa com relação ao Parlamento e à instauração de uma república democrática. O movimento, adiantado com relação à situação da época, não teve nenhum êxito político. Seus chefes, contudo, principalmente John Lilburne, Richard Overton e William Walwyn, deixaram escritos que constituem documento de grande interesse das idéias democráticas que atuaram na revolução, por excelência uma revolução liberal.

A tese política fundamental, por eles sustentada com apaixonada confiança, foi que, no novo Estado, a ser instaurado após a revolução, os direitos políticos deveriam ser concedidos a todos os cidadãos, e não somente aos possuidores de terras. Eles representavam os interesses dos pequenos burgueses e, no exército, dos oficiais inferiores e dos soldados.

Dos muitos documentos que deixaram, por longo tempo ignorados, e que somente há alguns anos são objeto de estudo[7], vamos lembrar dois: *O pacto do povo* e *Os debates de Putney*.

O pacto do povo é um projeto de constituição elaborado pelos chefes do movimento, num primeiro momento em 1647, e na forma definitiva em 1649, quando seu movimento político já tinha sido derrotado. Ainda que tenha permanecido somente como projeto, sem aplicação alguma, ele constitui um importante antecedente histórico das grandes constituições que serão adotadas, primeiro pelos estados americanos e depois, no curso da Revolução Francesa, no final do século XVIII. A idéia central que anima essa constituição é a do Estado limitado, como se lê no "Preâmbulo":

> "Nós, povo livre da Inglaterra (...) concordamos em oferecer segurança ao nosso governo, *abolir qualquer poder arbitrário* e *colocar limites e impedimentos a qualquer autoridade*."

Para garantir o cidadão contra o abuso de poder, o art. 30 afirma que não serão válidas as leis que violarem os princípios do pacto:

> "Todas as leis feitas, no passado ou no futuro, que sejam contrárias a qualquer parte desse pacto, estão sujeitas a ser anuladas e destituídas de validade. *O pacto do povo* é o que hoje seria chamado uma lei constitucional: ele determina que as leis ordinárias contrárias ao pacto de-

vem ser consideradas como contrárias à constituição e, portanto, inválidas. *O pacto do povo* é, portanto, o fundamento originário de qualquer norma jurídica válida, e assim é porque deriva da vontade popular (daí o seu nome). É como dizer que o consenso popular é o fundamento do direito: e esta é uma tese claramente democrática."

Bem mais importante é, porém, o art. 1º, no qual está escrito:

> "A autoridade suprema da Inglaterra e dos territórios nela incorporados estará e residirá a partir de agora numa representação do povo, composta de 400 pessoas e não mais do que isso; na eleição das quais — segundo a lei da natureza — *todos os homens a partir de 21 anos ou mais* terão o direito de votar e serão elegíveis para aquele cargo supremo."

Na frase "todos os homens a partir de 21 anos ou mais..." está expresso o princípio do que hoje é chamado *sufrágio universal*. Somente quem recorde quanto foi lenta a conquista do sufrágio universal nos estados civis da Europa e lembre que mesmo os maiores escritores liberais da época da Restauração, como Benjamin Constant, afirmavam que uma das maiores garantias de liberdade é o sufrágio universal restrito unicamente aos proprietários, pode considerar a importância antecipadora daquela afirmação.

Que essa afirmação era uma das bases da doutrina dos Niveladores é confirmado pelos *Debates de Putney*. Esses debates são a crônica estenográfica de uma discussão que teve lugar entre o final de outubro e o começo de novembro de 1647, no Conselho Geral do Exército Revolucionário, convocado, na realidade, para discutir *O pacto do povo*. Grande parte do debate é dedicada ao art. 1º e à questão do sufrágio universal. Existem dois partidos: por um lado, o general Ireton,

genro de Cromwell, que representa a ala moderada, e à pergunta "quem deverá ser eleitor?" responde claramente: os proprietários; por outro lado, alguns oficiais, representantes da ala radical, que opõem à tese de Ireton a tese dos Niveladores, segundo a qual todos os cidadãos devem ter o direito de votar. É interessante mencionar as argumentações a favor e contra apresentadas na discussão, porque expressam idéias típicas da época.

Ireton afirma que não existe um direito inato relativo ao poder, mas somente os direitos que a constituição do país reconhece. A essa argumentação, um dos interlocutores responde, referindo-se à lei natural, que é superior a qualquer constituição:

> "Não encontro trecho na lei de Deus que afirme que um lorde tenha que escolher vinte deputados, e um gentil-homem somente dois, e um pobre nenhum: não encontro nada de semelhante *nem na lei da natureza nem na lei das nações*."

Um segundo argumento de Ireton é que devem votar somente aqueles que têm um interesse qualquer no país, e somente os proprietários têm interesses. O indigente é comparado com um estrangeiro que não tem raízes no país; será que se concederia o direito de votar a um estrangeiro? A esta questão, um outro interlocutor responde que o fundamento das leis não é o interesse, mas o consenso:

> "O princípio incontestável do governo me parece que seja o fato de que cada governo depende do *livre consenso do povo*. Se for assim, então por causa desse respeito, ninguém pode dizer que está submetido a um governo justo, ou que tem o que lhe cabe, se não tiver aceito aquele governo com o seu próprio livre consenso."

Enfim, Ireton afirma que o fim de uma constituição é a salvaguarda das propriedades e que os homens se associaram para ter a segurança dos próprios domínios. A esta afirmação, o primeiro interlocutor responde com a argumentação decisiva para a justificação de um regime democrático, ou seja, que o fim de uma constituição não é a proteção dos bens, mas das pessoas:

> "Penso que, se é possível demonstrar que é justo e racional e do interesse da conservação de todos os cidadãos livres deste país que eles tenham um voto igual nas eleições, tal direito tem que lhes ser reconhecido, uma vez que o fim principal deste governo é o de *preservar as pessoas*, não menos do que os bens, e se uma lei atinge a minha pessoa, esta é mais preciosa do que a minha propriedade."

11

JOHN LOCKE

O *Segundo tratado sobre o governo civil* (1690), de Locke, pode ser considerado como a primeira e mais completa formulação do Estado liberal. É um dos três ou quatro livros decisivos na história do pensamento político moderno. Sua importância está na clara solução que dá aos principais problemas que haviam sido debatidos naquele século, muito rico em disputas e lutas políticas na Inglaterra.

Locke *é jusnaturalista*. O ponto de partida do seu raciocínio sobre a constituição do Estado é a afirmação do *estado natural*, ou seja, daquele estado originário no qual os indivíduos viviam não obedecendo a outras leis a não ser às naturais. Mas também para Locke, como para Hobbes, o estado de natureza não é suficiente; é sim um estado ideal, mas um estado ideal somente para seres racionais, ou seja, para seres cuja conduta fosse inspirada somente pelos ensinamentos da lei natural. Os homens, porém, não agem sempre como seres racionais; no estado de natureza, não havendo nenhum poder superior aos simples indivíduos, cada um é *juiz em causa própria*, e visa, quando ofendido, a vingar a ofensa de maneira desproporcionada. Disso deriva que o estado de natureza, o qual deveria ser um estado de paz perpétua, transforma-se num estado de guerra. E é para sair do estado de guerra, no qual acaba por reinar somente a força, que os homens constituem o estado civil:

> "A necessidade de evitar esse estado de guerra (...) é o único motivo fundamental para que os homens se reú-

nam em sociedade e abandonem o estado de natureza, porque, onde há autoridade, um poder sobre a terra ao qual pedindo-se ajuda é possível obtê-la, está excluída a permanência do estado de guerra, e a controvérsia é resolvida por esse poder." [8]

É claro, portanto, que a primeira razão pela qual o homem abandona o estado de natureza e se reúne com os outros no estado civil, submetendo-se a uma autoridade, é o desejo de conservar a *vida*, um dos primeiros direitos naturais.

Mas o homem não constitui o Estado, segundo Locke, somente para conservar a vida, mas também para conservar um outro direito natural fundamental, que é a *propriedade*. Esse é um ponto característico da doutrina de Locke, que o coloca como um representante típico do Estado burguês, baseado no reconhecimento da propriedade como um direito natural. Dizer que a propriedade é um direito natural significa que o direito de propriedade não deriva do Estado, precede qualquer constituição civil e é um direito que cabe ao indivíduo independentemente do Estado. Para Locke, o direito de propriedade é um direito natural porque não surge, como para Hobbes, da lei do Estado, e, portanto, deriva da constituição civil, nem de um livre acordo entre indivíduo no estado de natureza, como para Puffendorf, mas surge de uma atividade pessoal do indivíduo, e essa atividade pessoal do indivíduo é o *trabalho*.

"Ainda que a terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, também cada um tem a propriedade da própria pessoa, sobre a qual ninguém tem direito a não ser ele próprio. *Podemos dizer que o trabalho do seu corpo e a obra das suas mãos são verdadeiramente seus.* A todas as coisas que tira do estado no qual a natureza as produziu e deixou, juntou o próprio trabalho e, *portanto, uniu algo que lhe é próprio, e com isso as torna propriedade dele.* Porque são removidas por ele do estado comum no qual a natureza as colocou, elas, por meio do seu trabalho, possuem, conexas consigo mesmas, algo que exclui o direito comum de outros" (p. 260).

O estado civil nasce, portanto, segundo Locke, do desejo que os homens têm de conservar os direitos naturais fundamentais, ou seja, a vida e a propriedade. Mas então é claro que eles, entrando no estado civil, não renunciam aos direitos naturais, como pensava Hobbes, mas, pelo contrário, os querem ainda mais garantidos do que acontecia no estado de natureza. O estado civil é substancialmente a criação de uma autoridade, superior aos simples indivíduos, para a proteção dos direitos naturais fundamentais. Em suma: no estado de natureza, o homem tem os direitos naturais, mas eles não estão garantidos. No estado civil, o homem não perde os seus direitos naturais, mas os conserva garantidos pelo poder supremo. Em outras palavras, é possível dizer que o Estado, para Locke, nasce com um fim fundamental: o de fazer com que os indivíduos possam conservar os próprios direitos naturais. Esse ponto deve ser levado em conta, porque veremos que também Kant se coloca na mesma corrente de pensamento. As doutrinas do jusnaturalismo podem ser divididas em duas grandes categorias:

1) as que, na passagem do estado de natureza para o estado civil, consideram extintos os direitos naturais, ou pelo menos transformados, e segundo as quais, então, o estado civil se sobrepõe completamente ao estado natural, até suprimi-lo (Hobbes e Rousseau);

2) as que, na mesma passagem, consideram conservado o que existe de melhor no estado de natureza e apresentam o estado civil não como uma substituição do estado de natureza, mas como a sua mais plena e eficaz con-

servação. Tanto Locke quanto Kant pertencem a este segundo grupo.

Se os homens saem do estado de natureza para evitar a degeneração em estado de guerra, é natural que queiram constituir um Estado baseado não na força, porque então valeria a pena permanecer no estado de natureza, mas exclusivamente no *consenso*. Está na própria lógica da passagem do estado de natureza para o estado civil, como é vista por Locke, que o estado civil tenha que estar baseado no consenso. É este um outro ponto importante da sua doutrina. Eis como Locke se expressa num trecho característico:

> "Porque os homens são (...) todos livres por natureza, iguais e independentes, ninguém pode ser tirado dessa condição e sujeitado ao poder político de um outro *sem o próprio consenso*. O único modo pelo qual uma pessoa se despe da sua liberdade natural e se investe dos vínculos da sociedade civil consiste no *acordo com outros homens* para juntar-se e unir-se numa comunidade, para viver em união com comodidade, segurança e paz, na posse segura das próprias propriedades e com uma garantia maior contra quem não pertence à mesma" (p. 315).

Do fato de que o estado civil nasce para garantir os direitos naturais e é baseado no consenso deriva a tese fundamental de que o poder do Estado é essencialmente *limitado*. É limitado primeiramente porque pressupõe os direitos naturais e não pode violá-los; é limitado em segundo lugar porque o consenso é dado aos governantes somente sob a condição de que exerçam o poder dentro dos limites estabelecidos.

Os poderes fundamentais do Estado são dois: o *poder legislativo* e o *poder executivo* (Locke considera também um terceiro poder, que chama *federativo*, que consiste no poder governamental de firmar pactos com outros estados, mas é um aspecto do poder executivo). Assim, o poder executivo está subordinado por sua natureza ao poder legislativo, porque sua tarefa é dar execução às leis, que são as normas gerais e abstratas emanadas do poder legislativo. E o poder legislativo, ainda que seja poder supremo, está subordinado ao povo, de cujo consenso deriva. Também sobre esse ponto Locke se expressa com muita clareza:

> "Ainda que numa sociedade civil constituída (...) possa existir somente um único poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos os outros estão e devem estar subordinados, todavia, porque o legislativo é somente *um poder fiduciário de deliberação em vista de fins determinados*, permanece sempre no povo o poder supremo de *remover ou alterar o legislativo*; quando vê que o legislativo delibera contra a confiança dada a ele" (p. 361).

Os limites do poder legislativo são taxativamente fixados por Locke. O primeiro limite é dado pela persistência, também no estado civil, dos direitos naturais:

> "*As obrigações da lei de natureza não acabam na sociedade*, mas em muitos casos tornam-se mais coercitivas, e por meio das leis humanas têm associadas a elas penalidades que levam a respeitá-las. Assim, a *lei de natureza subsiste como norma eterna para todos os homens*, seja para os legisladores, seja para os outros" (p. 349).

Em segundo lugar, o Parlamento deve emitir leis que tenham uma certa *estabilidade*. Em terceiro lugar, não pode privar um indivíduo da sua própria *propriedade* sem o consenso dele (aqui se revela a conseqüência da consideração da propriedade como

direito natural). Em quarto lugar, não pode *transferir o poder de fazer leis* para outras mãos, porque seu poder já lhe é delegado pelo povo, e o delegado não pode delegar.

A conseqüência lógica da afirmação dos limites do poder estatal é, como já vimos outras vezes, o *direito de resistência*. Coerente com suas premissas, Locke é um defensor ativo de tal direito. Ele admite o direito de resistência *seja ao abuso do poder executivo* (caso da tirania), seja *à violação dos limites por parte do poder legislativo*. E responde de maneira enérgica a todas as objeções; seu conceito fundamental é: quem realiza injustiça não é quem se rebela contra um poder opressor, mas quem oprime os súditos.

> "O fim do governo é o bem dos homens: e o que é melhor para a humanidade: que o povo se encontre sempre exposto à vontade ilimitada da tirania ou que os governantes se encontrem às vezes expostos à oposição, quando se excedem no uso do poder e o utilizam para a destruição e não para a conservação das propriedades do povo" (p. 425).

Resumindo: através dos princípios de um *direito natural* preexistente ao Estado, de um Estado baseado no *consenso*, de *subordinação* do poder executivo ao poder legislativo, de poder *limitado*, de direito de *resistência*, Locke expôs as diretrizes fundamentais do Estado liberal, concluindo o período das guerras civis na Inglaterra e abrindo o novo período que, através de Montesquieu, chegará às constituições dos estados americanos e à Revolução Francesa. Sua obra é a ponte de passagem do Estado liberal inglês para o continental.[9]

12

MONTESQUIEU

Da vasta obra de Montesquieu, *L'esprit des lois* (1748), interessa-nos nesta parte unicamente o famoso capítulo XI, que contém a não menos famosa teoria da separação dos poderes. Interessa-nos de maneira particular porque, através desse capítulo, a obra de Montesquieu teve uma influência importante no desenvolvimento do pensamento político posterior, inclusive no de Kant. Como é notório, a teoria da separação dos poderes aparece em *L'esprit des lois* quase como um corpo estranho, no qual não é possível ver bem, ou somente com dificuldade, o nexo com as demais partes da obra, dedicada principalmente ao estudo das diversas formas de governo com relação aos diferentes princípios que as inspiram, às diferentes condições naturais e sociais nas quais se desenvolvem etc. As três formas de governo que, segundo Montesquieu, o estudo da história antiga e moderna revelou são a *república* (na qual estão incluídas tanto a democracia quanto a aristocracia), que se baseia no princípio da virtude, a *monarquia*, que se baseia no princípio da honra, e o *despotismo*, que se baseia no princípio do medo. Junto a essa separação das formas de governo, que se baseia ou tem a pretensão de basear-se numa análise objetiva da realidade histórica, move-se ao longo de toda a obra uma outra distinção que não responde tanto ao critério do princípio inspirador (virtude, honra, medo) quanto ao critério da maneira com a qual é exercido o poder. O poder pode ser exercido de maneira que deixe uma margem de liberdade aos cidadãos

e aos corpos intermediários, ou de maneira a reduzi-la ou mesmo suprimi-la. Com base nesse critério, os governos distinguem-se em moderados e absolutos.

Enquanto a divisão com base nos princípios inspiradores tem principalmente um fim descritivo (ainda que seja clara a aversão de Montesquieu pela terceira forma, o despotismo), a dicotomia em governos moderados e absolutos tem um claro intento normativo. A aversão contra o despotismo caminha no pensamento de Montesquieu juntamente com a apreciação dos governos moderados (que podem ser encontrados tanto nas repúblicas quanto nas monarquias).

O tema do governo moderado está prenunciado num trecho do capítulo V (13), que diz:

> "Após tudo o que dissemos, pareceria que a natureza humana deveria rebelar-se continuamente contra o governo despótico; mas, malgrado seu amor à liberdade e seu ódio à violência, a maior parte dos povos submeteu-se: e isso se entende facilmente. Para formar um governo moderado é necessário *juntar as potências, dirigi-las, moderá-las, deixá-las agir; dar, digamos assim, defesas a uma para que possa resistir a outra*: uma obra-prima de legislação que o acaso raramente consegue realizar e que raramente se deixa realizar pela prudência. Ao contrário, um governo despótico é bem evidente; em qualquer lugar é o mesmo; uma vez que para criá-lo são suficientes as paixões, o mundo inteiro é apto para recebê-lo."[10]

Nesse trecho, o governo moderado é claramente contraposto ao governo despótico. Ele é apresentado como governo da razão — e por isso difícil de ser realizado —, contraposto ao governo das paixões. Sua natureza peculiar consiste no fato de que os poderes que o compõem se contrapõem reciprocamente. É claramente o prenúncio da teoria da separação dos três poderes, exposta amplamente, como dissemos, no capítulo XI.

Nesse capítulo, o governo moderado é considerado em função do problema da *liberdade*. O governo moderado é aquele que garante principalmente a liberdade. A definição que Montesquieu dá de liberdade nesse capítulo deve ser levada em conta, porque é uma definição exemplar da assim chamada 'liberdade negativa', que se distingue da 'liberdade como autonomia', que veremos daqui a pouco em Rousseau. Em Kant iremos encontrar ambos os conceitos de liberdade, ainda que nem sempre bem claros: pelo contrário, o fato de em Kant se encontrarem ambos os conceitos de liberdade pode ser considerado como uma característica do seu pensamento, que concilia num certo sentido a tradição do pensamento liberal, baseada no primeiro conceito, com a tradição do pensamento democrático, baseada no segundo. Montesquieu, portanto, define a liberdade como "o direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem" (I, p. 273). Num outro trecho da mesma obra (XXVI, p. 20), diz: "A liberdade consiste principalmente no fato de não se estar obrigado a praticar uma ação que a lei não ordene" (II, p. 169).

Essa liberdade pode ser chamada 'negativa', porque consiste em ter um âmbito de ação no qual as leis não intervêm com ordens ou proibições próprias nas quais nossa ação não está impedida pelas leis, ou está *livre* de qualquer interferência legislativa (a 'liberdade negativa' é também chamada *liberdade de...*). Montesquieu considera essa forma de liberdade como um grande benefício ao qual os homens não renunciam voluntariamente, e é justamente a que distingue os governos das tiranias. Mas, exatamente por ser essa forma de liberdade um bem, é necessário que sua existência seja garantida de qualquer modo. Assim, essa liberdade é garantida somente naqueles regimes em que o poder soberano não está concentrado numa só mão, mas distribuído por órgãos

diferentes que se controlam reciprocamente. A distribuição do poder e o controle recíproco dos órgãos que detêm o poder assim distribuído são o expediente típico dos governos moderados, ou seja, dos governos nos quais os cidadãos usufruem da liberdade de fazer tudo aquilo que as leis permitem. O fato de Montesquieu atribuir essa forma de exercício dividido e controlado de poder ao governo inglês da sua época e também pensar ter elaborado esse princípio por meio do estudo da constituição inglesa é um problema que não nos interessa aqui. Interessa-nos a fórmula com a qual enunciou o princípio:

> "Para que não seja possível abusar do poder, é necessário que, segundo a disposição das coisas, o poder reprima o poder" (I, p. 274).

Após esse enunciado, Montesquieu retoma de imediato o tema da liberdade, mostrando, desse modo, o nexo que, em sua mente, existe entre o meio (a separação dos poderes) e o fim (a liberdade). De fato acrescenta:

> "Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a cumprir as ações que a lei não obriga a fazer e a não cumprir aquelas que a lei lhe faculta" (I, p. 274).

Os poderes do Estado ao qual Montesquieu se refere são, segundo a tradição, o poder legislativo, o executivo e o judiciário. Separação dos poderes significa, portanto, que o poder executivo deve ser separado do legislativo e do judiciário e assim por diante. Montesquieu diz que quando, numa mesma pessoa, o poder legislativo está unido ao executivo, "não existe liberdade"; assim, "não existe liberdade" se o poder judiciário não está separado do poder legislativo e do executivo. E explica:

> "Se ele estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, porque o juiz seria ao mesmo tempo legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor" (I, p. 276).

Nesse ponto, a conclusão é natural e não precisa de mais comentários:

> "Tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou o mesmo corpo de grandes ou de nobres, ou de povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os delitos ou os litígios dos particulares" (I, p. 277).

De maneira inversa:

> "Os príncipes que desejam tornar-se tiranos sempre começam por reunir na sua própria pessoa todas as magistraturas, e muitos reis da Europa, até todos os cargos do Estado" (I, p. 278).

13

JEAN-JACQUES ROUSSEAU

Rousseau pode ser considerado como o último jusnaturalista. De fato, seu sistema se compõe de ingredientes derivados do jusnaturalismo: o estado de natureza, o estado civil, o contrato social, a liberdade natural e a liberdade civil etc. Mas a solução que dá ao problema da constituição estatal é original, saindo dos caminhos que tinham sido traçados pelos jusnaturalistas precedentes. A alternativa que estava colocada na mente dos jusnaturalistas era a seguinte: ou a *anarquia no estado natural* ou a *servidão no estado civil*. O estado natural era um estado de liberdade, mas levava à guerra de todos contra todos; o estado civil era um estado de paz e de segurança, mas admitia a obediência dos súditos até a opressão. Parece que não seria dado aos homens o usufruto de ambos os bens supremos da vida, a liberdade e a paz, mas estariam condenados a viver ou em *liberdade sem paz* ou *em paz sem liberdade*. Para eles havia então uma escolha: ou a volta ao estado de natureza com todos os perigos da anarquia, ou a aceitação do Estado com todas as suas opressões.

Thomas Hobbes colocara todo o peso do seu engenho sobre um só prato da balança. Optara pelo Estado e, conseqüentemente, pela servidão. Ele partira da convicção de que, entre o medo recíproco no qual os homens estão obrigados a viver no estado de natureza e o medo do soberano, era preferível o segundo e que, no fundo, os homens submetem-se com prazer à obediência a um soberano para sair da anarquia. Reconhecia

que anarquia e Estado eram dois males; mas o mal menor era o segundo. Construiu sua teoria de maneira a mostrar a necessidade da passagem do estado de natureza para o estado civil, como passagem de um estado de liberdade para um estado de servidão. Porque sendo um estado de guerra perpétua, o estado de natureza contradizia o instinto fundamental do homem, que é a conservação da vida. Para sair dele precisava *suprimi-lo*; para suprimi-lo os homens *renunciavam* a todos os direitos naturais e os atribuíam, *segundo um acordo recíproco*, a uma pessoa ou a um grupo de pessoas às quais conferiam o poder supremo de comandar e comprometiam-se a obedecer em qualquer circunstância (a não ser no caso em que estivesse ameaçada a sua própria vida). Os homens, portanto, compravam a segurança pelo preço da servidão.

A solução radical de Hobbes, que tinha optado claramente por um dos dois termos da alternativa, não havia sido seguida pela maior parte dos jusnaturalistas, os quais tinham buscado geralmente um meio-termo. Como vimos, falando sobre Locke, a solução mais freqüente tinha sido considerar a passagem do estado de natureza para o estado civil não como uma transmutação completa, mas como uma espécie de integração que permitisse a instauração de um Estado que obtivesse os benefícios da sociedade civil sem perder os da sociedade natural. Diante da alternativa: ou liberdade sem segurança ou segurança sem liberdade, os jusnaturalistas esforçaram-se por encontrar uma fórmula de compromisso que permitisse à liberdade do estado de natureza ser compatível com a segurança do estado civil, e vice-versa. E concebiam o estado civil, como vimos, não segundo a visão de Hobbes, como uma eliminação total do estado natural, mas como aquele Estado que se limitava a garantir, por meio da coação atribuída a um poder central, os direitos naturais. Enquanto a solução de Hobbes levava ao *Estado absoluto*, a segunda solução era a fórmula ideológica do *Estado liberal*.

Rousseau não segue o caminho de compromisso dos jusnaturalistas, como Locke: volta à posição radical de Hobbes, no sentido de que, entre estado natural e estado civil, opta pelo segundo. Mas desenvolve a teoria de Hobbes em *sentido democrático*. Também ele pensa que entre estado natural e estado civil não existe meio-termo. Mas nega que o estado civil seja incompatível com a liberdade. Seu problema torna-se, portanto, conciliar o Estado com a liberdade.

Diante da alternativa de Hobbes, *ou* liberdade *ou* Estado, ele tenta responder com uma síntese: *e* liberdade *e* Estado. Toda a construção daquele livrinho famoso que é *Do contrato social* visa elaborar a fórmula de compatibilidade da liberdade com o Estado, visa estudar o modo pelo qual pode se dar a passagem de um estado de liberdade e de guerra para um estado de paz e liberdade, melhor: de liberdade mais plena do que antes.

A solução do problema é buscada por Rousseau na fórmula do contrato. Num jusnaturalista como Locke o contrato que dá origem ao Estado não é ato de renúncia total aos direitos naturais, mas um ato pelo qual os indivíduos, para sair do estado de natureza, renunciam ao único direito de fazer justiça por si mesmos e conservam os direitos naturais fundamentais (à vida, à liberdade, à propriedade). Em Hobbes, como vimos, o contrato constitutivo do Estado é um *contrato de renúncia* e de *transferência* dos próprios direitos naturais em *favor de um terceiro* (o soberano).

Rousseau liga-se não ao liberal Locke, mas ao absolutista Hobbes: o contrato social, tal como o apresenta, é também um ato coletivo de renúncia aos direitos naturais, mas — e aqui está a diferença fundamental que deixa Rousseau como o teórico mais conseqüente do Estado democrático — a renúncia não é feita em favor de um terceiro, mas *por um em favor de todos*, ou seja, por indivíduo (considerado singularmente) para si mesmo (como membro de uma totalidade). Se quisermos nos

expressar com outras palavras, tanto Hobbes quanto Rousseau concebem o contrato social como um *contrato de alienação* dos próprios direitos. Mas enquanto para Hobbes a alienação acontece em favor do soberano, considerado como uma entidade distinta da multidão que o investe dos próprios direitos (tratando-se, portanto, de um verdadeiro *pactum subiectionis*), para Rousseau a alienação acontece em favor da comunidade inteira, ou do *corpo político*, do qual é manifestação suprema a *vontade geral* (razão pela qual se deve falar de um *pactum societatis* em lugar de *subiectionis*), que é exatamente a vontade dos indivíduos contraentes. Diferentemente da renúncia de Hobbes, que leva a abandonar a liberdade natural para obter a servidão civil, a renúncia de Rousseau deveria levar a abandonar, sim, a liberdade natural, mas para reencontrar uma liberdade mais plena e superior, que é a liberdade civil, ou *liberdade no Estado*. Eis, pois, resumindo, as três fórmulas: de *liberdade do Estado* (Locke), de *servidão no Estado* (Hobbes), de *liberdade no Estado* (Rousseau).

No capítulo VI do *Contrato social*, Rousseau expõe os termos do problema:

> "Encontrar uma forma de associação que defenda e apóie com toda a força coletiva a pessoa e os bens de cada um dos membros e por meio da qual cada um, *unindo-se a todos, obedeça somente a si mesmo e permaneça livre como antes*."

Na expressão 'permanecer livre como antes' está o núcleo fundamental do pensamento de Rousseau, segundo aquilo que tentamos deixar entender: a constituição do Estado não deve provocar sujeição no indivíduo, porque, pelo contrário, este deve encontrar nele a mesma liberdade que possuía antes que o Estado fosse constituído. Com outra expressão equivalente, é possível ler no mesmo capítulo:

"*Cada um oferecendo-se a todos não se oferece a ninguém*, e porque não existe membro algum sobre o qual não seja adquirido o mesmo direito que lhe é concedido acima de nós, ganha-se o equivalente de tudo aquilo que se perde, e mais a força para conservar o que se tem."

No capítulo VIII, Rousseau elogia o estado civil assim constituído como aquele estado no qual aconteceu uma mudança muito importante, tendo a justiça substituído o instinto, e mais precisamente:

"O que o homem perde através do contrato social é a sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo aquilo que causa desejo e que ele pode obter: o que ganha é a *liberdade civil* e a propriedade de tudo aquilo que possui."

Para compreender esse trecho de Rousseau é preciso levar em conta que, nas expressões 'liberdade natural' e 'liberdade civil', o termo 'liberdade' tem dois significados. A 'liberdade natural' é liberdade no sentido de ausência de leis, de estado isento de leis; a 'liberdade civil' é liberdade no sentido de submissão somente àquelas leis que cada um dá a si mesmo. O homem natural é livre porque não tem leis; o homem civil é livre porque obedece somente às leis que dá a si mesmo. Se identificamos a faculdade de fazer leis para si mesmo com o conceito de 'autonomia', poderemos dizer que o homem no estado civil é livre porque *é autônomo*. Também no capítulo VIII Rousseau oferece a mesma rigorosa definição da liberdade como autonomia. Ele diz:

"A liberdade consiste na obediência à lei que prescrevemos a nós mesmos."

Essa definição é muito importante porque antecipa, sob certos aspectos, o pensamento de Kant, o qual é considerado o filósofo da autonomia moral, porque considera a liberdade moral de fato não como falta de leis, mas como obediência à lei fundamental da própria razão, e portanto como autonomia.

A autonomia é o princípio no qual se funda o Estado democrático, uma vez que a heteronomia é o princípio do Estado autocrático. Segundo esse conceito de autonomia, Rousseau pode ser considerado o teórico do Estado democrático, e sua fórmula política se diferencia da do Estado liberal puro.

A diferença entre Estado liberal do tipo de Locke e Estado democrático pode ser reduzida em última análise a uma diferença entre duas concepções da liberdade: o liberal entende a liberdade como *não-impedimento*, ou seja, como a faculdade de agir sem ser dificultado pelos outros, e, então, a liberdade de cada um varia de acordo com o âmbito no qual pode mover-se sem encontrar obstáculos; o democrático, todavia, entende a liberdade como autonomia, e, então, quanto maior a vontade de quem faz as leis de se identificar com a vontade de quem deve obedecer a essas leis. Segundo o liberal, o Estado vai se tornando mais próximo de seu ideal à medida que suas ordens vão se limitando (segundo a fórmula 'liberdade do Estado'); para o democrático, isso acontece à medida que as ordens exprimem mais a vontade geral (segundo a fórmula 'liberdade no Estado'). No primeiro, o problema fundamental da liberdade coincide com a salvaguarda da liberdade natural; no segundo, com a eliminação da liberdade natural, que é anárquica, e na sua transformação em liberdade civil, que é obediência à vontade geral. Assim, Rousseau pensou poder conciliar a instituição do Estado com a liberdade, visando a uma liberdade que não é a desordem dos instintos, mas a participação consciente e de acordo com a lei do Estado.

II

Os Problemas Fundamentais do Direito no Pensamento de Kant

1

Nota Prévia

A introdução histórica teve dois fins:

1) conhecer alguns momentos fundamentais da formação do Estado liberal e democrático, do qual a doutrina jurídica de Kant é uma das manifestações mais altas e significativas;

2) fixar alguns conceitos fundamentais da teoria política e jurídica dos jusnaturalistas, cuja compreensão é imprescindível para entender o discurso político e jurídico de Kant.

Podemos enfrentar agora com experiência maior os problemas da filosofia do direito de Kant. O método da nossa exposição será essencialmente exegético: tentaremos entender Kant através de uma leitura atenta do texto. Daremos então importância particular à escolha dos trechos relevantes que permitirão uma exposição que reúna possivelmente os dois requisitos da clareza e da fidelidade.

O objeto principal do nosso estudo será a *Metafísica dos costumes* (1797), obra dividida em duas partes intituladas respectivamente "Doutrina do direito" e "Doutrina da virtude"; examinaremos mais detidamente a primeira dessas duas partes. Outras duas obras de Kant podem ser consideradas, a primeira como introdução, a segunda como apêndice. Como introdução é necessário o conhecimento da *Fundamentação da metafísica*

dos costumes (1785), na qual Kant expõe sua famosa teoria da moral do dever; como apêndice é necessário o conhecimento do ensaio, não menos notável, *Sobre a paz perpétua* (1795), em que Kant expõe seu projeto para a solução das controvérsias internacionais.

Entre as outras obras menores que pensamos úteis para os fins de ilustrar o pensamento político e jurídico de Kant, e às quais iremos então nos referir principalmente na última parte, estão os escritos chamados de *Filosofia da História*, porque neles Kant expõe suas idéias sobre as leis de desenvolvimento da humanidade e sobre a direção do progresso humano. São eles:

1) *idéia de uma história universal do ponto de vista cosmopolita* (1784);
2) *resposta à questão: o que é o Iluminismo?* (1784);
3) *conjecturas sobre a origem da História* (1786);
4) *sobre o dito comum: isso pode estar certo em teoria, mas não vale na prática* (1793);
5) *se o gênero humano se encontra em progresso contínuo em direção ao melhor* (1798).

2

O Que É a Metafísica dos Costumes

Para entender o que Kant quer dizer com 'metafísica dos costumes', será oportuno analisar brevemente o significado de 'metafísica' e de 'costumes'.

Como 'costumes' em geral Kant entende toda aquela complexidade de regras de conduta ou de leis (no sentido mais geral da palavra) que disciplinam a ação do homem como ser livre. O homem como ser analisável do ponto de vista fenomenológico está submetido às leis da natureza, que regulam a vida de todos os outros seres naturais; mas como ser livre, pertencente ao mundo inteligível, o homem foge das leis naturais e adapta suas ações a uma forma diferente de legislação: a legislação moral, que dá origem ao mundo dos costumes, em contraposição ao mundo natural, como mundo da história humana ou da civilização ou da cultura (como se diria hoje) em contraposição ao mundo da natureza. A palavra 'costume' (em alemão *Sitte*), inclusive, corresponde ao latim *mos* e ao grego *ethos*, dos quais derivam tanto *moral* quanto *ética*, que indicam de fato a doutrina da conduta humana, em contraposição à doutrina da natureza, ou *física*.

Exatamente no início da *Fundamentação*, Kant aceita a tripartição clássica da filosofia em *lógica*, ou estudo das relações meramente formais entre os entes, *ética*, ou estudo dos outros entes naturais, e *física*, ou estudo do mundo natural e das leis que o regulam:

"A filosofia grega antiga se dividia em três ciências: a Física, a Ética e a Lógica. Essa divisão é perfeitamente coerente com a natureza das coisas (...) cada conhecimento racional, ou é *material*, e refere-se a um objeto; ou é *formal*, e ocupa-se unicamente da forma do intelecto e da razão ou das regras do pensamento em geral, sem distinção de objeto. A filosofia formal chama-se *Lógica*, a filosofia material, ao invés, que trata de objetos determinados e das leis às quais eles estão submetidos, divide-se por sua vez em duas. Porque essas leis são: ou as leis da *natureza*, ou as leis da *liberdade*. A ciência que se ocupa das primeiras chama-se *Física*, a que se ocupa das segundas é a *Ética*; aquela é também chamada filosofia natural, esta, filosofia moral" (Edição Paravia, trad. Vidari, p. 1).*

Disso resulta claro que, quando Kant fala de 'costumes', pretende referir-se ao objeto tradicional da ética ou filosofia moral, distinta da lógica e da física ou filosofia natural.

Para compreender o termo 'metafísica', é preciso introduzir uma distinção ulterior. Kant distingue uma parte *empírica* de qualquer forma de conhecimento e uma parte *não-empírica* ou *racional*. Somente esta segunda pode receber o nome de 'metafísica'. E, porque tal distinção vale tanto para a física quanto para a ética (mas não vale para a lógica, que não pode ter uma parte empírica tratando unicamente de relações formais), teremos uma física empírica e uma física racional, uma ética empírica e uma ética racional, ou, em outras palavras, uma física da natureza perto de uma metafísica da natureza, assim como uma física dos costumes. Porque a lógica não conhece tal distinção, as partes constitutivas da filosofia resultam ser cinco. A metafísica dos costumes é uma dessas cinco partes, ou seja, é o estudo

* Tradução indireta do italiano, dos textos de Kant (N. T.).

das leis que regulam a conduta humana sob um ponto de vista meramente racional.

Querendo referir-nos a textos de Kant, uma das definições mais claras de metafísica é a que se encontra nas primeiras páginas dos *Prolegômenos a toda metafísica futura que queira apresentar-se como ciência*: "Em primeiro lugar, no que diz respeito às fontes do saber metafísico, está implícito não poderem ser fontes empíricas; os princípios não devem, portanto, ser derivados da experiência, porque o saber metafísico é sempre não-físico, razão pela qual nem a experiência exterior, que é a fonte da física verdadeira, nem a interior, que é base da psicologia empírica, podem servir como fundamento.

"Este é um saber *a priori*, derivado do intelecto puro e da razão pura; nesse caso, não se diferenciaria em nada da matemática pura, chama-lo-ei, portanto, saber filosófico puro" (Edição Paravia, trad. Madinetti, p. 182 n).

Se nos referimos agora a esse conceito de 'metafísica' como 'saber *a priori*', derivado da razão pura, ou àquele objeto característico do saber filosófico que são os 'costumes', podemos entender claramente o trecho seguinte da *Fundamentação*, decisivo para os fins do problema que colocamos neste parágrafo:

"Uma vez que minhas buscas visam especialmente à filosofia moral, limito, nestes termos estritos, a questão acima exposta: se não se pensa que seria da maior necessidade elaborar finalmente uma *Filosofia moral pura, completamente livre de tudo aquilo que é empírico e que pertence à antropologia*; porque a necessidade da existência de uma tal filosofia decorre de maneira evidente da idéia comum do dever e das leis morais. Cada um deve admitir que uma lei se deve valer moralmente, ou seja, como fundamento de uma obrigação, precisa implicar em si uma necessidade absoluta; precisa que este imperativo: 'Você não deve mentir', não tenha valor somen-

te para os homens, deixando para outros seres racionais a faculdade de não levá-lo em conta; e assim é também para todas as outras leis morais propriamente ditas. E conseqüentemente o *princípio da obrigação não deve ser buscado aqui na natureza do homem, nem nas circunstâncias nas quais ele é colocado neste mundo, mas* a priori *exclusivamente nos conceitos da razão pura*" (p. 3).

É claro então que somente uma metafísica dos costumes, como estudo dos princípios racionais *a priori* da nossa conduta, pode satisfazer a exigência de expor os fundamentos da doutrina moral. Disso segue que o estudo empírico não é fundamento do estudo racional, mas o racional, fundamento do empírico. Kant chamou o estudo empírico da conduta moral de antropologia *pragmática* ou, simplesmente, *antropologia*; e ele mesmo desenvolveu essa busca numa obra intitulada de fato *Antropologia pragmática*, do mesmo período da *Metafísica dos costumes* (1796-97). E de fato na Introdução desta segunda obra esclarece a distinção entre *metafísica dos costumes* e *antropologia*, com estas palavras:

"O oposto de uma metafísica dos costumes, qual outro membro da divisão da filosofia prática em geral, seria a *antropologia moral*, que, porém, deve indicar somente as *condições subjetivas* da natureza humana favoráveis ou contrárias ao cumprimento das leis da metafísica, por exemplo os meios de produzir, difundir e reforçar os princípios fundamentais morais (...) e outras prescrições semelhantes e doutrinas que se baseiam na experiência.

"Essa segunda parte da filosofia prática é indispensável, *mas não deve absolutamente preceder a primeira ou ser confundida* com ela, porque então teríamos o perigo de propor leis morais falsas ou pelo menos indulgentes demais..." (p. 392).

Resta observar que a mesma diferença existente entre metafísica dos costumes e antropologia, no âmbito da moral, existe também entre metafísica da natureza e física propriamente dita, no âmbito do estudo da natureza. E o próprio Kant escreveu, paralelamente à *Metafísica dos costumes*, obra da qual nos ocuparemos no nosso curso, uma obra intitulada *Princípios metafísicos da ciência da natureza* (1786), que completa o sistema da metafísica ou doutrina racional da realidade.

3

Moralidade e Legalidade

No âmbito da conduta humana regulada pelas leis morais, que Kant chama *leis da liberdade*, em contraposição às *leis da necessidade*, que regulam os fenômenos do universo natural, o primeiro e mais grave problema a ser enfrentado é o da distinção entre duas formas diversas de legislação e de ações: quer dizer, a distinção entre *legislação moral* propriamente dita e *legislação jurídica*, ou entre *ação moral* e *ação jurídica*. Trata-se do clássico problema da distinção entre moral e direito, que é geralmente considerado como problema preliminar de qualquer filosofia do direito. Na obra de Kant encontram-se não somente um, mas vários critérios de distinção, alguns *explícitos*, outros *implícitos*, que agora devemos examinar separadamente.

O primeiro critério de distinção é puramente *formal*, no que diz respeito ao conteúdo, respectivamente da lei moral e da lei jurídica, mas exclusivamente quanto à *forma da obrigação*; e é o critério com base no qual Kant distingue a *moralidade* da *legalidade*.

Para esclarecer a natureza desse critério é preciso considerar quais são os elementos formais que distinguem a ação moral no pensamento de Kant. A *Fundamentação* começa com uma frase famosa:

> "Não é possível pensar nada no mundo, e em geral também nada fora dele, que possa ser considerado

> como bom sem restrição, a não ser somente *uma boa vontade*" (p. 9).

Por 'boa vontade' Kant entende aquela vontade que não está determinada por atitude alguma e por cálculo interessado algum, mas somente pelo respeito ao dever.

Portanto, são três os requisitos fundamentais da ação moral:

1) ação moral é a que é realizada não para obedecer a uma certa atitude sensível, a um certo interesse material, mas *somente para obedecer à lei do dever*. Existem ações que aparentemente são honestas, mas não podem ser chamadas morais, porque são cumpridas por impulsos diversos daquele do cumprimento do próprio dever. Kant dá o exemplo do comerciante que não abusa do cliente ingênuo: se ele age assim, não porque esse seja seu dever, mas unicamente porque seja de seu próprio interesse, a sua ação não é moral. O segundo exemplo é dos homens que não se suicidam, mas contribuem para conservar a própria vida obedecendo ao instinto imediato da própria conservação: também nesse caso, ainda que a conservação da vida seja um dever para cada homem, a ação não é moral, porque não é cumprida unicamente por respeito ao dever. Também aquele que obedece a uma atitude nobre, como é a de favorecer o próximo — e este é o terceiro exemplo —, não cumpre uma ação moral se a ação de favorecer é cumprida não para o dever, mas por simpatia ao próximo, ou seja, segundo uma tendência sensível;

2) ação moral é aquela que é cumprida não por um fim, *mas somente pela máxima que a determina*. Em outras palavras, a ação moral não deve ser determinada por um objeto qualquer da nossa faculdade de desejar (por exem-

plo, pelo fim da felicidade, ou da saúde, ou do bem-estar), mas unicamente pelo *princípio da vontade*;

3) a ação moral é aquela que não é movida por outra inclinação a não ser o *respeito* à lei. Na conduta moral, cada impulso subjetivo deve ser excluído; o único impulso subjetivo compatível com a moralidade é o sentido de respeito à lei moral, que deve vencer qualquer outra inclinação.

Em conclusão, é possível dizer de maneira sintética que, para que uma ação seja moral não é suficiente, segundo Kant, que seja *coerente com o dever*; é necessário que seja também cumprida *pelo dever*.

Dessa proposição Kant extrai o primeiro critério de distinção entre moralidade e legalidade. Tem-se a moralidade quando a ação é cumprida por dever; tem-se, ao invés, a pura e simples legalidade quando a ação é cumprida em conformidade ao dever, segundo alguma inclinação ou interesse diferente do puro respeito ao dever. Em outras palavras, a legislação moral é aquela que não admite que uma ação possa ser cumprida segundo inclinação ou interesse; a legislação jurídica, ao contrário, é a que aceita simplesmente a conformidade da ação à lei e não se interessa pelas inclinações ou interesses que a determinaram. Finalmente, quando eu atuo de determinada maneira porque esse é o meu dever, cumpro uma ação moral; por outro lado, quando atuo de determinada maneira para conformar-me à lei, mas ao mesmo tempo porque é do meu interesse ou corresponde à minha inclinação, tal ação não é moral, mas somente legal. Com as palavras de Kant:

"A legislação que erige uma ação como dever, e o dever ao mesmo tempo como impulso, é *moral*. Aquela, pelo contrário, que não compreende esta última condição na lei, e que, conseqüentemente, admite também um impulso diferente da idéia do próprio dever, é *jurídica*" (p. 394).[11]

E com outra fórmula:

"O puro acordo ou desacordo de uma ação com relação à lei, sem respeito algum ao impulso da mesma, chama-se *legalidade* (conformidade à lei); quando, ao invés, a idéia do dever derivada da lei é ao mesmo tempo impulso para a ação, temos a *moralidade*" (p. 394).

Assim entendida, a distinção entre moral e direito até agora é uma distinção puramente formal. De fato, a distinção não diz respeito ao conteúdo das ações, mas somente à forma ou à maneira de obrigar-se. É muito fácil pensar num dever que seja comum tanto à moral quanto ao direito. O que faz da ação conforme a esse dever sucessivamente uma ação moral ou jurídica é a diferente motivação da ação: a mesma ação é moral se foi cumprida unicamente por respeito ao dever, é meramente legal se foi cumprida por inclinação ou por cálculo. O fato de manter as promessas é um dever; mas eu cumpro uma ação moral se mantenho a promessa não sendo determinado por outro impulso a não ser o dever (devo porque devo); cumpro uma ação meramente jurídica ou legal se mantenho a promessa porque disso vou receber uma vantagem. O que diferencia os dois casos, e justifica a distinção, não é a lei (em ambos os casos a lei prescreve manter as promessas), mas a maneira pela qual estou conforme à lei, no primeiro caso por respeito à lei, no segundo caso por interesse. Esse fato é confirmado claramente pelas seguintes palavras de Kant:

"A doutrina do direito e a doutrina da virtude distinguem-se, portanto, *não tanto com relação aos diferentes deveres próprios*, mas, melhor dito, *pela diversidade da legislação* que une um e outro impulso à lei" (p. 396).

4

Legislação Interna e Legislação Externa

Para explicar a distinção entre estas duas formas de legislação, Kant usa constantemente a dupla de atributos interno e externo, referida ora à *ação*, ora ao *dever*, ora ainda à *legislação*. Disso deriva a contraposição entre moralidade e legalidade, que se reflete na distinção ora entre ações internas e ações externas, ora entre deveres internos e deveres externos, ora entre legislação interna e legislação externa.

Para a distinção entre ações internas e externas, leia-se o trecho seguinte:

> "As leis da liberdade chamam-se morais para distinguir-se das leis da natureza. Enquanto se referem somente às *ações externas* e *à conformidade à lei* chamam-se *jurídicas*; se, porém, exigem ser consideradas em si mesmas, *como princípios que determinam as ações*, então são *éticas*; dá-se o nome de *legalidade* à conformidade das ações com as primeiras, e de *moralidade* à conformidade com as demais" (p. 389).

Para a distinção entre deveres internos e externos, que se relaciona com a anterior:

> "Os deveres impostos pela legislação jurídica podem ser somente *deveres externos*, porque essa legislação não

exige que a idéia desse dever, que é claramente interna, seja *por si mesma motivo que determina a vontade do agente*, e porque essa legislação precisa também de impulsos adequados às suas leis, somente pode admitir *impulsos externos*" (pp. 394-395).

Finalmente, para a distinção entre legislação interna e externa, que pressupõe a distinção entre ações internas e externas e entre deveres internos e externos:

> "A legislação ética (...) é a que *não pode ser externa*, a legislação jurídica é a *que pode ser também externa*. Assim, é dever externo manter as próprias promessas em conformidade ao contrato, mas o imperativo de fazê-lo *unicamente porque é dever, sem levar em conta* qualquer outro impulso, pertence somente à *legislação interna*" (p. 396).

Como deve ser entendido o uso que Kant faz dos atributos 'interno' e 'externo' referentes à distinção entre moralidade e legalidade? Deve-se entender, nesse sentido: a ação legal é externa pelo fato de que a legislação jurídica, dita, portanto, legislação externa, deseja unicamente uma adesão *exterior* às suas próprias leis, ou seja, uma adesão que vale independentemente da pureza da *intenção* com a qual a ação é cumprida, enquanto a legislação moral, que é dita, portanto, interna, deseja uma adesão *íntima* às suas próprias leis, uma adesão dada com intenção pura, ou seja, com a convicção da bondade daquela lei. Disso se segue que o dever jurídico pode ser dito externo, porque legalmente eu sou obrigado somente a conformar a ação, e não também a intenção com a qual cumpro a ação, segundo a lei; enquanto o dever moral é dito interno porque moralmente eu sou obrigado não somente a conformar a ação, mas também a agir com pureza de intenção. A experiência comum nos ensina inclusive que, para ser um homem legalmente honesto, é suficiente ser um bom conformista; para ser um homem moralmente honesto, o simples conformismo não é mais suficiente. A acusação de *farisaísmo* que se baseia no ponto de vista moral não estaria baseada também no ponto de vista jurídico, uma vez que é próprio do direito contentar-se com que os indivíduos, aos quais a norma jurídica é dirigida, executem o que a norma prescreve sem indagar o *animus* com o qual é cumprida. A legislação jurídica não pede ao cidadão que mantenha as promessas por respeito ao dever; pede-lhe manter as promessas, e nada mais, e o ato é aceito como juridicamente perfeito ainda que o motivo pelo qual foi cumprido tenha sido meramente utilitário, como o interesse de não ser, por sua vez, decepcionado, nas próprias expectativas, por uma promessa descumprida, ou pelo medo da sanção etc.

Fazendo coincidir a distinção entre moral e direito como a feita entre moralidade e legalidade, entre interioridade e exterioridade, Kant se inseria na tradição do jusnaturalismo e iluminismo alemão, da qual o maior representante tinha sido Cristiano Thomasius (1655-1728). Essa tradição havia expressado, na separação entre moral e direito, entre âmbito da interioridade e âmbito da exterioridade, ou, como se dizia, entre *forum internum* e *forum externum*, a exigência dos limites do poder do Estado. A tendência a limitar o poder do Estado, de que tratamos na primeira parte, se exprimia também na distinção entre moralidade e legalidade.

De fato, dizer-se que o direito devia contentar-se com a adesão exterior significava dizer que o Estado, de cuja vontade a lei era a manifestação principal, não devia intrometer-se em questões de consciência e, portanto, devia reconhecer para o indivíduo um âmbito da própria personalidade destinado a permanecer livre de qualquer intervenção de um poder externo como o Estado. Era, portanto, o reconhecimento de que o poder do Estado tinha limites enquanto podia, sim, ampliar a

sua jurisdição sobre fatos externos do indivíduo, mas não também sobre fatos internos, e existia ainda alguma coisa no indivíduo, a *consciência*, que estava completamente excluída dessa jurisdição. Até que os conceitos de moral e direito não recebessem uma boa distinção, o Estado exigia a sujeição não somente dos comportamentos externos do indivíduo, mas também da sua consciência. E de fato, segundo uma tradição bem longa, tinha-se pensado que as leis jurídicas (ou pelo menos a maior parte delas) obrigassem os súditos na *consciência*, ou seja, de maneira não diferente das leis morais e religiosas, como se não existisse diferença alguma entre as regras do Estado, da razão íntegra ou de Deus. Somente através de uma distinção clara entre leis que obrigam em consciência e leis que não obrigam em consciência e atribuindo ao Estado o poder de exigir a obediência somente das segundas, chegou-se a distinguir o Estado, como legislação externa, da Igreja ou da razão, como sistemas de legislação interna, e admitiu-se como legítimo para o Estado um âmbito mais restrito e mais delimitado de eficácia que coincidia com o âmbito da legalidade distinta da moralidade.

5

Liberdade Interna e Liberdade Externna

O critério de distinção entre moral e direito, examinado nos dois parágrafos precedentes, é, como foi dito, puramente formal, no sentido de que a mesma ação pode ser tomada em consideração tanto pela legislação interna quanto pela externa. O que muda nas duas diferentes legislações é somente o modo pelo qual a ação é cumprida. É certamente essa a distinção sobre a qual Kant desde o início chama a atenção. Mas erraria quem acreditasse que é a única. Penso que, em Kant, se encontra um outro critério de distinção entre moral e direito, e que esse segundo critério deve ser bem compreendido, se quisermos entender e justificar a definição do direito que Kant propõe.

A dificuldade em distinguir esses dois critérios deriva do fato de que, também para o segundo critério, Kant usa a mesma dupla de atributos, *interno* e *externo*. Mas desta vez trata-se de 'interno' e 'externo' não mais referentes a ação, a dever (ou impulso), a legislação, mas à palavra *liberdade*. Certamente uma das maneiras pela qual Kant fala da distinção entre moral e direito é a que se refere à distinção entre *liberdade interna* e *externa*. O âmbito da moralidade diz respeito à liberdade interna, a do direito se amplia para a liberdade externa. Pode-se ainda falar, com Kant, de uma *liberdade moral*, distinta da *liberdade jurídica*.

Por 'liberdade moral' deve ser entendida, segundo Kant, a faculdade de adequação às leis que a nossa razão dá a nós

mesmos; por 'liberdade jurídica', a faculdade de agirmos no mundo externo, não sendo impedidos pela liberdade igual dos demais seres humanos, livres como nós, interna e externamente. Se por 'liberdade' se entende, numa das acepções mais comuns, a faculdade de fazer algo sem ser coagido ou liberdade como 'não-coação', ou como 'liberdade de...' (aquela que, no capítulo 12 da parte I, chamamos de 'liberdade negativa'), liberdade moral é a liberdade dos impedimentos que provêm de nós mesmos (as inclinações, as paixões, os interesses), é liberação interior, esforço de adequação à lei eliminando os obstáculos que derivam da nossa faculdade de desejar; liberdade jurídica, porém, é a liberação dos impedimentos que provêm dos outros, é liberação exterior, ou seja, eficaz no domínio do mundo externo em concorrência com os outros, esforço por alcançar uma esfera de liberdade na qual seja possível para mim agir segundo o meu talante sem ser perturbado pela ação dos outros.

Levando em conta esses significados de liberdade interna e externa, podemos compreender que a distinção entre moral e direito, neles inspirada, adquire uma relevância diversa da exposta nos dois parágrafos precedentes. Mais precisamente, no conceito de moralidade entendida como liberdade interna é evidente a referência *a uma relação de mim comigo mesmo*; no conceito de direito entendido como liberdade externa é igualmente evidente a referência *a uma relação minha com os outros*. É possível então dizer que o novo critério de distinção entre moral e direito não considera mais, como o primeiro, a relação entre a ação e a lei ou o modo da obrigação, mas a mesma *forma da ação* que no primeiro caso se esgota no interior da minha consciência e no segundo caso, abrindo-se para o exterior, chega a coincidir com a dos outros.

Nesse ponto será bom fazer uma breve advertência: não seria possível pensar que a distinção assim formulada coincida com a tradicional entre *deveres com relação a si mesmo* e *deveres com relação aos outros*? Que a moral seja a esfera da liberdade interna não significa absolutamente, segundo Kant, que coincida com a esfera dos deveres com relação a si mesmo. Se outros jusnaturalistas podem ter feito essa confusão, ela não deve ser atribuída a Kant, para o qual a distinção entre liberdade interna e liberdade externa não coincide com aquela entre deveres com relação a si mesmo e deveres com relação aos outros, ainda que liberdade interna signifique liberdade com relação a si mesmo e liberdade externa signifique liberdade com relação aos outros. É suficiente lembrar que, entre os deveres da virtude, Kant coloca também deveres com relação aos outros, como resulta da grande repartição que faz desses deveres, distinguindo entre *deveres com relação à própria perfeição* (que são deveres com relação a si mesmo) e *deveres com relação à felicidade dos outros* (que são claramente deveres com relação aos outros).

Assim, quando eu falo que a liberdade moral se esgota na relação entre mim e mim, não quero dizer que ela se refira unicamente a uma ação com relação a mim mesmo (por exemplo, uma ação que tenha como fim a minha perfeição), ou seja, não dou indicação alguma sobre a direção da ação, mas quero dizer — se interpretamos bem o pensamento de Kant — *que sou responsável por aquela ação somente diante de mim mesmo* (ou seja, na minha consciência); igualmente, quando falo que a liberdade jurídica se amplia na minha própria relação com os outros, não quero dizer que ela se refira a uma ação com relação aos outros, ou seja, mais uma vez não dou indicação alguma sobre a direção da ação, mas quero dizer *que sou responsável por aquela ação frente aos outros*, no sentido de que *outros*, ou os outros considerados de maneira coletiva (e o Estado é a representação concreta dessa vontade coletiva), podem me convocar para que assuma minha responsabilidade (e reciprocamente os outros são responsáveis frente a mim).

Como é possível constatar, a distinção entre deveres com relação a mim mesmo e deveres com relação aos outros e a

distinção entre ações pelas quais sou responsável frente a mim mesmo e ações pelas quais sou responsável frente aos outros não coincidem. E a distinção entre moral e direito corresponde à segunda distinção e não à primeira. Demos o exemplo de um dever com relação a mim mesmo, pelo qual eu seja responsável com relação aos outros: este é um dever jurídico. Demos em contraposição o exemplo de um dever com relação aos outros, pelo qual eu seja responsável somente frente a mim mesmo: este é um dever moral. Em outras palavras, podemos dizer: legislação moral não é a que prescreve deveres com relação a si mesmo, mas aquela por cujo cumprimento somos responsáveis somente frente a nós mesmos; legislação jurídica não é a que prescreve deveres com relação aos outros, mas aquela por cujo cumprimento somos responsáveis frente à coletividade.

Essa nova distinção permite uma perspectiva muito interessante sobre a noção de direito. Enquanto, na moral, os outros existem, quando existem, somente como *objeto* ou como termo de referência da nossa ação, a qual possui valor moral independentemente de uma resposta qualquer do outro; no direito, os outros existem como *sujeitos* que exigem de mim o cumprimento da ação. O fato de que, na ação jurídica, eu seja responsável frente aos outros, institui uma relação determinada entre mim e os outros, que é possível chamar de relação *intersubjetiva* (para um aprofundamento ulterior, veja o capítulo 8 desta parte). Em tal relação, à obrigação ou dever de quem se adapta à lei corresponde, no outro ou nos outros, um poder coercitivo pelo qual tenho de cumprir a ação, e esse poder é o que comumente se chama *direito*, em sentido subjetivo. Podemos então dizer que a experiência jurídica é caracterizada pela correspondência de um direito a um dever e reciprocamente de um dever a um direito, ou pela presença simultânea de um dever de um lado e de um direito do outro: o que se chama *relação jurídica*. O conceito de relação jurídica, como característico do direito em oposição à moral, pode ser derivado

da distinção, ilustrada neste parágrafo, entre liberdade externa e liberdade interna. Do conceito de liberdade externa deriva a característica do dever jurídico de ser um dever pelo qual somos responsáveis frente aos outros; dessa característica do direito como liberdade externa de gerar uma responsabilidade frente aos outros deriva que os outros podem exigir de mim o cumprimento da minha obrigação (o que se chama direito subjetivo); finalmente, do direito dos outros de exigir o cumprimento da minha obrigação deriva a característica própria da experiência jurídica de oferecer espaço para relações intersubjetivas de direito-dever, ou seja, para relações jurídicas.

Acrescentamos que a relação jurídica pode ser instituída somente entre dois seres humanos, ou seja, entre seres que se encontram numa relação de limitação recíproca da própria liberdade externa. Kant está bem consciente dessa natureza peculiar da experiência jurídica e chega à definição da relação jurídica como relação de direito-dever entre seres humanos, excluindo, dessa maneira, o resto. Podem existir quatro tipos possíveis de relação entre o homem e outros seres:

1) relação do homem com seres que não têm nem direitos nem deveres (por exemplo, os animais);
2) relação do homem com seres que têm direitos e deveres (por exemplo, os outros homens);
3) relação dos homens com seres que têm somente deveres e nenhum direito (por exemplo, os escravos);
4) relação do homem com um ser que tem somente direitos e nenhum dever (Deus).

Kant afirma que desses quatro casos somente o segundo, ou seja, a relação do homem com outros seres humanos, pode constituir uma verdadeira relação jurídica. Não podemos, con-

tudo, excluir que uma relação moral possa acontecer nos outros três casos. Disso deriva a confirmação de que a característica do direito com relação à moral é um certo tipo de relação entre mim e os outros e que esse tipo de relação, à qual damos o nome de relação jurídica, é constituída por uma reciprocidade entre o dever como cumprimento da lei e o direito como faculdade de obrigar ao cumprimento.

6

AUTONOMIA E HETERONOMIA

Examinamos dois critérios de distinção entre moral e direito, ambos explícitos, ou seja, que podem ser derivados do próprio texto de Kant. Com base no primeiro, Kant distingue a moralidade, ou esfera dos deveres cumpridos segundo a obrigação da legalidade e, ou esfera dos deveres para os quais é pedida somente uma conformidade exterior à lei. Com base no segundo, Kant distingue a moral como esfera da liberdade interna ou da adequação à lei da razão independentemente do direito dos outros, do direito como esfera da liberdade externa ou da adequação à lei racional, obrigados a isso também pela experiência dos outros. Junto a esses dois critérios explícitos, podem ser considerados, no texto de Kant, outros dois critérios implícitos: implícitos no sentido de que Kant colocou suas premissas sem as desenvolver. Os exegetas de Kant que sucessivamente, ainda que com contrastes, pensavam que fosse possível derivar esses critérios dos textos e atribuí-los, se não à própria letra, pelo menos ao espírito do sistema.

O primeiro desses critérios deriva da distinção kantiana entre *autonomia* e *heteronomia* e da atribuição da autonomia à vontade moral como caráter distintivo da vontade boa em oposição à vontade que é determinada, não pelo respeito às leis, mas por um objeto externo qualquer ou um fim qualquer. Na *Fundamentação* Kant diz:

> "A autonomia da vontade é a qualidade que a vontade tem *de ser lei para si mesma* (independentemente de uma qualidade qualquer dos objetivos do dever)" (p. 67).

Essa definição é por si mesma muito clara: se por autonomia se entende a faculdade de dar leis a si mesmo, é certo que a vontade moral é por excelência uma vontade autônoma; porque, como já muitas vezes foi dito, a vontade moral é aquela, segundo Kant, que não obedece a outra lei a não ser à lei moral e não se deixa determinar por inclinações ou cálculos interessados. Lembremos que essa definição de autonomia coincide com a definição dada por Rousseau à liberdade, entendida como a obediência à lei que cada um prescreve para si mesmo (veja capítulo 13 da parte I).

O conceito de heteronomia é derivado, por antítese, do de autonomia. Eis as palavras de Kant:

> "Quando a vontade busca a lei que deve determiná-la num lugar diferente daquele ao qual está acostumada, segundo as suas máximas, a instituir uma legislação universal, quando, conseqüentemente, superando a si mesma, busca essa lei na qualidade de alguns dos seus objetos, resulta sempre de tudo isso uma *heteronomia*. A vontade não dá, então, a lei para si mesma: é o objeto, ao contrário, que lhe dá, por efeito das suas relações com ela" (*ib.*, p. 68).

É notória a importância que tem a distinção entre autonomia e heteronomia para a determinação da moral de Kant. Segundo Kant, a vontade moral ou é autônoma ou não é moral: qualquer objeto que determine a vontade de maneira heterônoma tira à vontade e à ação que derivam disso a qualidade de moral. Todos os sistemas morais tradicionais que colocaram como fim da vontade humana a perfeição, ou a felicidade, ou

qualquer outro bem, são ilegítimos: não entenderam o caráter profundo e autêntico da moralidade.

Mas aqui é posta a pergunta: a distinção entre autonomia e heteronomia pode ser aplicada à distinção entre moral e direito? Uma vez reconhecido que a moral é a esfera da autonomia, é possível derivar a conseqüência de que o direito é a esfera da heteronomia? Kant não elaborou essa conclusão de maneira explícita. Mas nós estamos já suficientemente informados sobre a natureza do direito, segundo Kant, para buscar alguma ilação.

Que se considere o direito seja como legalidade, seja como liberdade externa (segundo as duas definições explícitas ilustradas anteriormente), acreditamos que a vontade jurídica possa ser considerada somente como *vontade heterônoma*. Na condição de legalidade, a vontade jurídica se diferencia da vontade moral pelo fato de poder ser determinada por impulsos diversos do respeito à lei: e esta é de fato a própria definição da heteronomia. Para o direito não é importante que eu cumpra a ação prescrita, a fim de satisfazer um interesse meu, uma vez que está bem claro que também a ação mais honesta, cumprida por interesse, não é mais, por isso mesmo, uma ação moral. Na condição de liberdade externa, a vontade jurídica se diferencia da vontade moral, porque provoca nos outros titulares de igual liberdade externa o poder de me obrigar e, portanto, é perfeitamente compatível, como veremos melhor mais adiante, com a coação: mas, mais uma vez, uma vontade determinada pela coação é uma vontade heterônoma, uma vez que é bem claro que também a ação mais honesta, quando cumprida por medo da punição, não é mais uma ação moral.

7

Imperativos Categóricos e Imperativos Hipotéticos

O segundo dos dois critérios distintivos entre direito e moral, que chamamos de implícitos, deriva da distinção de Kant entre imperativos *categóricos* e imperativos *hipotéticos*, e da qualificação de 'categórico' dada ao imperativo moral, como distinto de todas as outras formas de imperativo.

As leis da conduta humana (cujo estudo é objeto da metafísica dos costumes) são ordens, diferentemente então das leis naturais (cujo estudo é objeto da metafísica da natureza). São ordens porque, enquanto as leis naturais regulam os fenômenos naturais de maneira necessária e expressam entre fato e conseqüência uma relação de necessidade, as leis que se referem ao homem, o qual é livre, diferentemente dos outros seres naturais, estabelecem entre fato e conseqüência uma relação de obrigação, que se expressa por meio do verbo 'dever', ou seja, não *descrevem*, mas *prescrevem*. Assim diz Kant na *Fundamentação*:

> "Todos os imperativos são expressos por meio da palavra *dever* e indicam com isso a relação entre uma lei objetiva da razão e uma vontade que, segundo a sua constituição subjetiva, *não é necessariamente determinada por essa lei* (uma coação). Eles dizem que seria bom fazer uma tal coisa ou não, mas o dizem a uma vontade que

> nem sempre faz uma coisa porque lhe foi apresentada como boa para ser feita" (pp. 33-34).

E um pouco mais adiante:

> "Os imperativos são somente fórmulas que expressam a relação entre as leis objetivas do querer em geral e a imperfeição subjetiva da vontade deste ou daquele ser racional, por exemplo, da vontade humana" (p. 35).

Uma vez dito que as leis da conduta humana são preceitos, Kant distingue o gênero 'preceito' em duas espécies: *categóricos* e *hipotéticos*. Categóricos são os que prescrevem uma ação boa por si mesma, como por exemplo: "Você não deve mentir", e chamam-se assim porque são declarados por meio de um juízo categórico. Hipotéticos são aqueles que prescrevem uma ação boa para alcançar um certo fim, como por exemplo: "Se você quer evitar ser condenado por falsidade, você não deve mentir", e chamam-se assim porque são declarados por meio de um juízo hipotético. Por sua vez, os imperativos hipotéticos distinguem-se em duas subespécies, segundo o fato de que o fim seja, como diz Kant, *possível* ou *real*, isto é, com nossas palavras, segundo o fato de que o fim seja tal que sua obtenção ou não-obtenção seja indiferente (e, portanto, seja lícito buscá-lo ou não), como é, por exemplo, o fim de aprender o latim; ou seja, tal que dependa de uma necessidade natural, de modo que seja possível afirmar que todos os homens coloquem-no de fato como, por exemplo, a felicidade. Desses dois tipos de imperativos hipotéticos, Kant chama os primeiros *técnicos* (enquanto são próprios de cada arte), os segundos *pragmáticos* (enquanto se referem ao bem-estar em geral). Um exemplo dos primeiros pode ser o seguinte: "Se você quer aprender latim, deve fazer muitos exercícios"; um exemplo dos segundos: "Se você quer (ou porque você quer) ser feliz, deve evitar qualquer excesso". Os primeiros prescrevem *regras*

de habilidade, os segundos, *regras de prudência*. Concluindo, segundo Kant existem três espécies de imperativos:

1) *categóricos* ou *morais*, cuja fórmula é: "Você deve executar a ação A";
2) *técnicos* ou de *habilidade*, cuja fórmula é: "Se você quer alcançar B, deve executar a ação A";
3) *pragmáticos* ou de *prudência*, cuja fórmula é: "Porque você deve alcançar B, deve executar a ação A".

Também diante dessa distinção coloca-se a pergunta que fizemos com relação à distinção entre autonomia e heteronomia: a distinção entre imperativos categóricos e hipotéticos pode ser ampliada para a distinção entre moral e direito? Não há dúvida que, para Kant, a moral conhece somente imperativos categóricos: desta afirmação é possível tirar-se a conseqüência, que Kant não tirou de maneira explícita, de que os imperativos jurídicos são hipotéticos? O problema foi debatido longamente pelos exegetas de Kant. Para o assunto, indico o livro intitulado *Il diritto come norma tecnica* (1911) de Adolfo Ravá: do título é fácil entender a tese do autor a respeito da questão que estamos examinando. Ravá, referindo-se de fato à distinção de Kant, sustenta que as normas jurídicas são imperativos técnicos.

De minha parte acredito que, se a questão da heteronomia é resolvida sustentando-se que a vontade jurídica é heterônoma, deve-se resolver a questão do âmbito do hipotético sustentando-se que os imperativos jurídicos são hipotéticos. As duas questões são estreitamente conexas, como resulta, de resto, do seguinte trecho de Kant:

> "Todas as vezes que se deve tomar como fundamento um objeto da vontade para os fins de prescrever à vontade a regra que deve determiná-la, *essa regra é sempre heterônoma: o imperativo é condicionado*, ou seja: *se* ou *porque* se deseja este objeto, deve-se agir deste ou daquele modo; conseqüentemente ele não pode nunca comandar moralmente, ou seja, de maneira categórica" (*Fundamentação*, p. 72).

É claro, nesse trecho, que da heteronomia da vontade deriva o âmbito do hipotético, assim como da autonomia deriva a esfera do categórico. Se uma vontade é determinada por um objeto externo e, portanto, é heterônoma, é sinal de que o imperativo não prescreveu uma ação boa por si mesma, mas uma ação cujo cumprimento depende da vontade de alcançar o objetivo externo do próprio desejo. Se a vontade é autônoma, isso é sinal de que o imperativo é categórico, ou seja, prescreveu uma ação boa por si mesma. Rigorosamente, deveríamos então admitir sem necessidade de uma prova ulterior que, uma vez atribuída a qualificação de heterônoma à vontade jurídica, seja possível atribuir a qualificação de hipotético ao imperativo jurídico.

De resto, a dedução pode ser facilmente confirmada logo que pensamos nos dois significados do direito: como legalidade e como liberdade externa. Se o direito coincide com a legalidade, isso significa que um imperativo jurídico não é formulado desta maneira: "Você deve manter as promessas", mas desta outra maneira: "Porque o fato de manter as promessas é vantagem para você, você deve agir em conformidade". Se depois entendermos por obrigação jurídica aquilo que tem como correspondente a faculdade dos outros de me obrigar ao cumprimento, devemos deduzir que a formulação do imperativo jurídico deveria ser feita desta maneira: "Se você quer evitar ser constrangido pela força a cumprir as obrigações assumidas, você deve manter as promessas". E com isso ficaria confirmado que comandos categóricos são somente os comandos morais, e que também nesse aspecto a esfera da juridicidade se distingue da esfera da moralidade.

8

A DEFINIÇÃO DO DIREITO

Após termos exposto a distinção entre moral e direito com base nos critérios explícitos e implícitos, estamos prontos para enfrentar o problema da definição do direito.

Kant deseja primeiramente esclarecer que a definição que dará não é empírica, ou seja, aquela que se pode extrair do estudo do direito positivo. Antes, quem se apega ao direito positivo, como faz o jurista, não poderá nunca estabelecer o que é justo e injusto (*quid sit ius*), mas poderá somente estabelecer se um determinado fato ou ato seja lícito ou ilícito sob o ponto de vista jurídico (*quid sit iuris*). Em linguagem moderna, poderíamos dizer que o jurista que não domina o direito positivo pode, sim, estabelecer o que é *válido* sob o ponto de vista jurídico (ou problema da *validade* do direito), mas não o que *vale* como direito (ou problema do *valor* do direito). A única maneira para se chegar a compreender o direito como valor, ou seja, como idéia da justiça, é abandonar o terreno empírico e voltar ao fundamento de qualquer direito empírico, ou seja, à *razão pura*. O trecho de Kant que coloca essa distinção encontra-se às pp. 405-406:

> "[O jurisconsulto] pode, certamente, conhecer e declarar o que venha a ser o direito (*quid sit iuris*), ou seja, o que as leis, num certo lugar e numa certa época, prescrevem ou prescreveram; *mas, se é justo o que essas leis prescrevem* e o critério universal por meio do qual é possível

> reconhecer em geral o que é justo ou injusto (*iustum et iniustum*), permanece-lhe completamente obscuro, se não abandonar por um certo tempo aqueles princípios empíricos e se (ainda que possa servir-se daquelas leis como excelentes fios condutores) *não buscar as origens daqueles juízos na razão pura como único fundamento de qualquer legislação positiva possível.*"

Em conformidade, portanto, com os fins próprios de uma metafísica dos costumes, Kant apresenta a própria investigação do direito como não-empírica, racional. E, como veremos melhor no decorrer da exposição, todo o seu esforço estará dirigido a conseguir a justificação dos principais institutos jurídicos a partir de alguns princípios racionais *a priori*, ou postulados, de maneira que sua doutrina do direito pode muito bem ser designada como uma dedução transcendental do direito e dos institutos jurídicos fundamentais, a partir dos postulados da razão pura prática.

Segundo Kant, três são os elementos constitutivos do conceito do direito. Vamos considerá-los separadamente:

1) "O conceito do direito, enquanto este se refere a uma obrigação correspondente (...) diz respeito em primeiro lugar somente à *relação externa*, e absolutamente prática, de uma pessoa com relação à outra, enquanto as ações próprias podem (imediata ou mediatamente) ter como base influências recíprocas."

   Através dessa primeira característica, o direito é compreendido no campo amplo das relações intersubjetivas. Aqui o atributo 'externo', que já vimos aplicado a ação, dever, legislação e liberdade, se refere a *relação*. O direito pertence ao mundo das relações práticas que o homem tem com os outros homens. Mas uma pura e simples relação

externa não pode ainda caracterizar suficientemente o direito: também um ato de conveniência, de cortesia, implica uma relação externa; vamos acrescentar também um ato moral, quando se trata de deveres com relação aos outros, como os deveres de beneficência, implica uma relação externa. O mundo do intersubjetivo é mais amplo do que o mundo do direito. É necessária uma caracterização ulterior.

2) "Em segundo lugar [o conceito do direito] (...) não significa uma relação do arbítrio com o *desejo* (em conseqüência também da pura necessidade) dos outros, como acontece nos atos de beneficência ou de crueldade, *mas refere-se exclusivamente às relações* com o arbítrio dos outros."

Através dessa segunda caracterização, Kant se propõe a distinguir a intersubjetividade jurídica de outra forma qualquer de intersubjetividade. E de fato ele observa que, para que exista uma relação jurídica, é necessário que o meu arbítrio esteja relacionado com o arbítrio dos outros; não é suficiente que esteja relacionado com o desejo dos outros. Disso é possível dizer-se que a primeira característica da relação jurídica é aquela de ser *uma relação entre dois arbítrios* e não entre um desejo e um arbítrio, ou entre um arbítrio e um desejo. Com relação ao significado de arbítrio, em oposição a desejo, remetemos ao que Kant diz na p. 387:

"Quando a faculdade de desejar está ligada à consciência pela capacidade que sua ação pode ter de produzir o objeto, chama-se *arbítrio*; se falta essa consciência, então o ato da faculdade de desejar chama-se *aspiração*."

Desse trecho resulta que o arbítrio se distingue do mero desejo ou, mais ainda, da aspiração, pela consciência da capacidade de produzir um objeto determinado.

Observe-se a diferença de significado destas duas expressões: "*É meu desejo* dar uma bela volta na montanha". "*É meu arbítrio* dar uma bela volta na montanha." O desejo é a representação de um objeto determinado colocado como fim; o arbítrio é, ainda mais, a consciência da possibilidade de alcançá-lo. Quando Kant diz que o direito consiste numa relação entre dois arbítrios, e não entre dois desejos, quer dizer que, para constituir-se uma relação jurídica, é necessário que aconteça o encontro não somente de dois desejos, ou de um arbítrio com um simples desejo, mas de duas capacidades conscientes do poder que cada um tem de alcançar o objeto do desejo. Para que seja possível dar origem a um contrato, por exemplo uma compra e venda, não é suficiente que o arbítrio do comprador se encontre com o desejo do vendedor, mas é preciso que também por parte do vendedor o desejo se resolva em arbítrio, ou seja, na capacidade de executar o que é o objeto do mero desejo. Para indicar a diferença entre a relação jurídica e aquela que não é tal, Kant dá dois exemplos: os atos de *benevolência* e os *atos de crueldade*. De fato, num ato de benevolência não é absolutamente necessário que meu arbítrio corresponda ao dos outros, uma vez que o beneficiado encontra-se frente a mim numa situação de passividade, e a ele é pedido somente o desejo puro e simples de receber a esmola. Ao mendigo não é possível atribuir a frase: "É meu arbítrio receber a esmola", mas pode-se bem atribuir a ele esta outra frase: "É meu desejo receber a esmola". Com relação aos atos de crueldade, falta no sujeito passivo não somente uma forma qualquer de arbítrio, mas também o desejo: o arbítrio do tirano que mata qualquer um de que suspeite ter conjurado contra ele não pode levar a uma relação jurídica, sendo um mero ato de força, em que ao arbítrio de um não corresponde o arbí-

trio igual do outro. Penso que é possível interpretar o significado desse segundo requisito da relação jurídica dizendo que, para que exista uma relação jurídica, não é suficiente a *intersubjetividade* (também os atos de beneficência e de crueldade são intersubjetivos), mas é preciso também a *reciprocidade*, ou seja, que ao arbítrio de um corresponda o arbítrio do outro.

3) "Em terceiro lugar, nesta *relação recíproca* de um arbítrio com o outro, não se considera absolutamente a *matéria* do arbítrio, ou seja, o *fim* que uma pessoa se propõe por um objeto que ela quer (...) mas somente a *forma* na relação dos dois arbítrios, enquanto esses são considerados absolutamente como livres."

Com esse terceiro requisito, Kant quer dizer que o direito, na regulação de uma relação entre arbítrios, não se preocupa em estabelecer quais sejam os fins individuais, utilitários, que os dois sujeitos pretendem, os *interesses* que estão em pauta, mas somente em prescrever a forma, ou seja, as modalidades através das quais aquele fim deve ser alcançado, e aqueles interesses, regulados. Para seguir o exemplo de Kant, quando o direito estabelece as regras do contrato de compra e venda, não se preocupa com a vantagem ou desvantagem que vendedor ou comprador possam ter no cumprimento, mas somente com as condições formais com base nas quais deverá ser cumprido. Dando um outro exemplo, quando o direito regula a instituição do casamento, não estabelece nem com quem eu devo casar nem quais são os fins individuais que eu possa propor-me a alcançar por meio do casamento; limita-se a fixar as modalidades por meio das quais se torna possível a atuação das minhas intenções.
Nesse terceiro atributo da relação jurídica, está a origem da doutrina moderna chamada de *formalismo jurídico*,

cujos iniciadores foram exatamente os filósofos neokantianos do direito, como Stammler e Kelsen, na Alemanha, e Del Vecchio, pelo menos na primeira fase do seu pensamento, na Itália. Segundo a formulação mais típica do formalismo jurídico, que é de Stammler, o direito distingue-se da economia como a forma do conteúdo: em qualquer relação intersubjetiva o elemento material é econômico, o elemento formal, jurídico. Em outras palavras, atribuir caráter formal ao direito significa dizer que o direito prescreve não tanto *o que* se deve fazer, mas *como* se deve fazer. O que eu devo fazer para regular os meus interesses é indicado pela economia; o direito, com todas as suas prescrições, limita-se a me dizer como devo agir para alcançar, juntamente com os outros ou em concorrência com os outros, os meus fins; ou seja, limita-se a fazer com que, independentemente do objeto de meu desejo, o meu arbítrio possa estar de acordo com o arbítrio de todos os outros.

Esse terceiro requisito abre de maneira definitiva a porta para a famosa definição do direito de Kant, que aqui apresentamos:

"O direito é o conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de um outro, segundo uma lei universal da liberdade" (p. 407).

Dessa definição deriva aquela que Kant chama a *lei universal do direito*, assim formulada:

"Atua externamente de maneira que o uso livre do teu arbítrio possa estar de acordo com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal" (p. 407).

Na definição do direito podem ser relevados os três requisitos dos quais falamos anteriormente:

1) o direito pertence ao mundo das relações externas;
2) ele se constitui na relação de dois ou mais arbítrios;
3) a sua função não é de prescrever este ou aquele dever substancial com relação aos sujeitos dos vários arbítrios, mas de prescrever-lhes a maneira de coexistir, ou seja, as condições por meio das quais o arbítrio de um possa coexistir com o arbítrio de todos os outros. De fato, podemos dizer que, segundo Kant, o direito é a forma universal de coexistência dos arbítrios dos simples. Enquanto tal, é a condição ou o conjunto das condições segundo as quais os homens podem conviver entre si, ou o *limite* da liberdade de cada um, de maneira que todas as liberdades externas possam coexistir segundo uma lei universal. Finalmente, o direito é o que possibilita a livre coexistência dos homens, a coexistência em nome da liberdade, porque somente onde a liberdade é limitada, a liberdade de um não se transforma numa não-liberdade para os outros, e cada um pode usufruir da liberdade que lhe é concedida pelo direito de todos os outros de usufruir de uma liberdade igual à dele.

9

A Justiça como Liberdade

Uma vez ilustrada a definição de direito que Kant dá, devemos perguntar: que valor tem essa definição? Ela se refere a *o que o direito é* ou a *o que o direito deve ser*? Na terminologia moderna, usada principalmente pelos filósofos neokantianos, Kant define o *conceito* de direito ou a *idéia* de direito? Se nos referirmos ao que dissemos no início do parágrafo precedente, não há dúvida quanto ao fato de que o problema que Kant está resolvendo por meio de sua definição não é *o que é o direito*, mas *o que o direito deve ser*. O problema de Kant é, numa só palavra, o problema da *justiça*, ou seja, do critério com base no qual seja possível distinguir o que é justo do que é injusto. Quando ele diz que o direito é "o conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de um outro segundo uma lei universal da liberdade", não entende estabelecer aquilo que é o direito na realidade histórica, mas aquilo que deveria ser o direito para corresponder ao ideal de justiça. Não está dito, com efeito, que o direito seja, na realidade, aquilo que Kant indica na sua definição. Ao que Kant visa é o ideal do direito, ao qual qualquer legislação deve adequar-se para poder ser considerada como justa. Ainda que nenhuma legislação existente correspondesse plenamente àquele ideal, a definição de Kant não seria menos verdadeira, uma vez que indica somente o ideal-limite ao qual o legislador deveria adequar-se, e não uma generalização derivada da experiência. Para isso vale como confirmação a definição que Kant dá à ação justa:

"Uma ação é *justa* quando, por meio dela, ou segundo a sua máxima, a liberdade do arbítrio de um pode continuar com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal" (p. 407).

Aqui é claro que Kant se preocupa em estabelecer o critério para distinguir uma ação justa de uma ação injusta, e não aquele para distinguir uma ação jurídica (conforme o direito existente) de uma ação não-jurídica (não conforme o direito existente).

Kant, portanto, nesse momento realmente central da sua obra, apresenta um *ideal de justiça*. De que ideal se trata? Penso que seria possível defini-lo como o da *justiça como liberdade*.

Na história do pensamento jurídico foram sustentadas várias teorias da justiça. Essas teorias distinguem-se com base na resposta que deram à pergunta: qual é o fim último do direito? Acredito que as várias respostas a esta pergunta possam ser divididas em três grupos:

1) a justiça é *ordem*. Esta teoria surge do fato de considerar como fim último do direito a *paz* social. Ela sustenta que a exigência fundamental segundo a qual os homens criaram o ordenamento jurídico é de sair do estado de anarquia e de guerra, no qual viveram no estado de natureza. O direito é o remédio primeiro e fundamental contra os males que derivam do *bellum ommium contra omnes*. E esse realiza seu fim quando, por meio de um poder central capaz de emanar normas coercitivas para todos os associados, é estabelecida uma ordem social, qualquer que seja essa. O direito natural fundamental que esta teoria deseja salvaguardar é o *direito à vida*. O direito como ordem é o meio que os homens, no decorrer da civilização, encontraram para garantir a segurança da vida. Um exemplo característico desta concepção da justiça encontra-se na filosofia política de Hobbes.

2) a justiça é *igualdade*. Segundo esta concepção, que é a mais antiga e tradicional (deriva de Aristóteles na sua formulação mais clara), o fim do direito, ou seja, das regras coercitivas que disciplinam a conduta dos homens na sociedade, é de garantir a igualdade, seja nas relações entre os indivíduos (o que geralmente é chamado de *justiça comutativa*), seja nas relações entre o Estado e os indivíduos (o que é chamado tradicionalmente *justiça distributiva*). O direito é aqui o remédio primeiro e fundamental para as disparidades entre os homens, que podem derivar tanto das desigualdades naturais como das desigualdades sociais. Um ordenamento jurídico não pode ser considerado justo se não protege os fracos dos fortes, os pobres dos ricos, se não estabelece com as próprias regras uma *medida* ou uma série de medidas com as quais seja impedida a prevaricação e todos os membros de uma sociedade recebam igual tratamento com base em certos critérios fundamentais (que podem ser ora o trabalho, ora o mérito, ora a necessidade etc.). Segundo esta teoria, não é suficiente que o direito imponha uma ordem qualquer: é preciso que a ordem seja *justa* e por 'justa' entende-se 'de fato fundada no respeito à igualdade'. Se imaginamos a justiça tendo a espada e a balança, a teoria do direito como ordem visa a ressaltar a espada; a do direito com igualdade, a balança. O direito natural fundamental que está na base desta concepção é o direito à *igualdade*.

3) a justiça é *liberdade*. Com base nesta concepção, o fim último do direito é a liberdade (e entenda-se a liberdade externa). A razão última pela qual os homens se reuniram em sociedade e constituíram o Estado é a de garantir a expressão máxima da própria personalidade, que não seria possível se um conjunto de normas coer-

citivas não garantisse para cada um uma esfera de liberdade, impedindo a violação por parte dos outros. O ordenamento justo é somente aquele que consegue fazer com que todos os consociados possam usufruir de uma esfera de liberdade tal que lhes seja consentido desenvolver a própria personalidade segundo o talento peculiar de cada um. Aqui o direito é concebido como um conjunto de *limites* às liberdades individuais, de maneira que cada um tenha a segurança de não ser lesado na própria esfera de liceidade até o momento em que também não lese a esfera de liceidade dos outros. Portanto, não é suficiente, segundo o ideal do direito como liberdade, que o ordenamento jurídico estabeleça a ordem, nem é suficiente que essa ordem seja fundada na igualdade (também uma sociedade na qual todos sejam escravos é uma sociedade de iguais, ainda que iguais na escravidão). É necessário, para que brilhe a justiça com toda a sua luz, que os membros da associação usufruam da mais ampla liberdade compatível com a existência da própria associação. Motivo pelo qual seria justo somente aquele ordenamento em que fosse estabelecida uma ordem na liberdade. O direito natural fundamental pelo qual esta concepção é reforçada é o *direito à liberdade*.

Parece-me claro que todo o pensamento jurídico de Kant visa a teorizar a justiça como liberdade. É talvez a expressão mais característica e conseqüente dessa teoria; certamente, a mais respeitável. E se pensamos no fato de que a teoria da justiça como liberdade é aquela da qual nasce a inspiração para a teoria do Estado liberal, devemos concluir que a teoria do direito de Kant deve ser considerada como um dos fundamentos teóricos do Estado liberal, como veremos melhor quando tratarmos do direito público, na quarta parte do curso.

Aqui é suficiente dizer que o conceito de liberdade próprio à teoria liberal do Estado é o conceito de liberdade como não-impedimento. Como já foi dito no capítulo 5 desta parte, quando Kant fala de liberdade interna ou externa, deseja falar exatamente da faculdade que temos de agir não sendo obstaculados ou pelas forças inferiores das nossas paixões, ou pela força externa que provém do arbítrio dos outros. E a justiça a que visa é somente o conjunto das garantias por meio das quais posso expressar a minha liberdade externa não impedida pela não-liberdade dos outros, ou seja, a idéia da *coexistência das liberdades externas*, como coexistência de tantas esferas de não-impedimento. E de fato o que significa para Kant agir de *maneira injusta*? Significa interferir na esfera da liberdade dos outros, ou seja, colocar obstáculos para que os outros, com os quais eu devo conviver, possam exercer sua liberdade na própria esfera de liceidade. Como confirmação, leia-se este trecho que segue imediatamente a definição de ação justa, citada há pouco:

> "Se, portanto, a minha ação ou, em geral, o meu estado, pode estar de acordo com a liberdade de qualquer outro, segundo uma lei universal, *agirá de maneira injusta com relação a mim aquele que colocar obstáculos para mim*, porque esse obstáculo (essa oposição) não pode subsistir com a liberdade, segundo as leis universais" (p. 407).

Se, como aparece nesse trecho, a injustiça consiste em colocar obstáculos contra a liberdade, a justiça deverá consistir em eliminar esses obstáculos, ou seja, fazer com que cada um possa usufruir da liberdade que lhe pode ser consentida pela liberdade igual dos outros, entendendo por liberdade aquela esfera na qual não se é obstaculado, em suma, a esfera do *não-impedimento*.

Já foi dito que as várias teorias da justiça podem ser contraditórias com base no direito natural, considerado fundamental por elas, ou seja, tal que deva ser garantido acima e antes de qualquer outro.

O direito natural fundamental de uma teoria da justiça como liberdade é o *direito à liberdade*. Kant, após ter feito a distinção entre direitos *inatos* e *adquiridos*, definindo os primeiros como os que são transmitidos pela natureza independentemente de qualquer ato jurídico, e os outros como aqueles que precisam de um ato jurídico para a transmissão, intitula um breve parágrafo desta maneira: *O direito inato é um só*. (p. 416). E qual é esse único direito inato? *É o direito à liberdade externa*.

> "Liberdade (...) enquanto pode subsistir com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei geral: *é este o direito único originário que cabe a cada homem segundo a sua própria humanidade*" (p. 416).

Outros direitos, que geralmente são considerados como direitos inatos, entre os quais também o da *igualdade*, para Kant estão "compreendidos no princípio da liberdade inata e não diferem realmente dela". Essa redução drástica de todos os direitos que a tradição do jusnaturalismo inclui entre os direitos inatos e, com base na tradição do jusnaturalismo, as várias *declarações dos direitos* emanadas antes do escrito de Kant revela mais do que outra consideração, que é o fundamento último do ideal de justiça segundo Kant. Apresentamos, como exemplo de todas, a primeira *declaração dos direitos*, do Estado da Virgínia (1776):

> "Todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes, e possuem *alguns direitos inatos*, dos quais, entrando no estado de sociedade, não podem, através de convenção, privar ou despir a sua posteridade:

> ou seja, o *usufruto da vida*, da *liberdade*, através da aquisição ou posse da *propriedade*, e o *buscar* e obter *felicidade* e *segurança*."

Entre os direitos naturais, a primeira *declaração* dos direitos, a francesa (1789), colocava a *liberdade*, a *propriedade*, a *segurança* e a *resistência contra a opressão*; a da Convenção Nacional (1793) acrescentava a *igualdade e a garantia social*, a do Ato Constitucional de 1793 reduzia os direitos a estes quatro, *liberdade*, *propriedade*, *segurança* e *igualdade*. Kant esforçou-se em reduzir a uma unidade o fundamento do direito, eliminando todos os direitos inatos, exceto um: a liberdade. Fazendo isso mostra que o direito de liberdade é verdadeiramente a base sobre a qual entende montar todo o sistema.

10

Direito e Coação

Entre os problemas gerais do direito ocupa sempre um lugar central o problema da *coação*, ou da *coercibilidade* do direito. Discutiu-se e se discute a toda hora se a coação deve ser considerada elemento essencial do conceito de direito, isto é, se somente a norma feita valer coativamente pode ser considerada norma jurídica.

Os romanos distinguiram as *leges perfectae* das *leges imperfectae*: estas últimas eram chamadas assim porque incluíam o preceito, mas não a sanção. O que demonstra que para a 'perfeição' da lei era pedido que o preceito colocasse à disposição os meios para sua atuação também sobre os indecisos. Na tradição do jusnaturalismo foi seguida de maneira constante a distinção entre *ius perfectum* e *ius imperfectum*, entendendo-se pelo primeiro o direito que pode ser aplicado também através da força, ou, em outras palavras, o direito para o cumprimento do qual é lícito recorrer também à força e, pelo segundo, o direito que não pode ser aplicado por meio da força ou, em outras palavras, para o cumprimento do qual o uso da força seria considerado ilegítimo. Por exemplo, é perfeito o direito que eu tenho frente a quem me prometeu algo (com base na norma jurídica fundamental *pacta sunt servanda*), é imperfeito o direito do pobre frente ao rico quando este tem com relação a ele o dever meramente moral de oferecer o supérfluo. Concluindo, segundo a tradição do jusnaturalismo, era perfeito somente o *direito coercível*, ou seja, exigível por meio da força.

Na história do jusnaturalismo moderno considera-se que tenha sido Cristiano Thomasius o primeiro a eliminar da esfera do direito o direito imperfeito, definindo como verdadeiro somente o direito perfeito e reunindo assim, de maneira definitiva, a noção do direito com a de coação. Ele distingue, na atividade prática do homem, três esferas: o *iustum*, o *honestum*, o *decorum*. Uma vez que os deveres jurídicos têm os dois caracteres de intersubjetividade e de exterioridade e são, portanto, *coercíveis*, não são coercíveis os deveres morais, subjetivos e internos, nem os deveres do *decorum*, subjetivos e externos. Falou-se que, com Thomasius, começou a distinção moderna entre o direito e moral, fundada exatamente no critério da presença ou da ausência de coação. E a partir de Thomasius todos os filósofos do direito tomaram posição frente ao problema, ficando ou ao lado de Thomasius em favor da coação como elemento constitutivo da noção do direito, ou contra ele, em favor da dissociação entre a noção de direito e a de coação.

Sem dúvida Kant pertence ao primeiro grupo: para ele a noção de direito é estritamente ligada à noção da coação. Vimos que um dos critérios de distinção entre moral e direito, segundo Kant, é o que se fundamenta na liberdade interna e na liberdade externa; e que desse critério nasce a característica do dever jurídico de referir-se a uma ação pela qual eu sou responsável frente aos outros. Mas exatamente disso surge o fato de que os outros têm o *direito de me obrigar* a cumpri-lo. A interioridade do dever moral atua de maneira que ninguém pode obrigar-me a cumpri-lo; se alguém me obrigasse e eu cedesse à coação, a minha ação, somente pelo fato de ter sido cumprida, não por dever, mas por causa da coerção, não seria mais moral. Pelo contrário, o dever jurídico, sendo externo, no duplo sentido de que não impõe a ação pelo dever, mas somente a ação conforme o dever, e que impõe uma ação pela qual sou responsável frente aos outros, suscita nos outros o

direito de obrigar e não exclui o fato de poder ser cumprido somente pelo impulso do medo da coação. Em outras palavras, uma vez que moral e coação são para Kant incompatíveis, direito e coação são perfeitamente compatíveis, no sentido de que não há nada no conceito de coação, ou coerção, ou recurso à força para executar uma obrigação, que seja incompatível com o conceito do dever externo de legalidade ou dever jurídico; pelo contrário, a coação é necessária para o cumprimento do dever jurídico, como vemos muito claramente neste trecho:

> "O direito estrito fundamenta-se sem dúvida na consciência da obrigação de cada um de conformar-se à lei; mas, para determinar a vontade de obedecer a essa lei *não se deve e não se pode*, se o direito deve ser puro, *invocar essa consciência como um impulso*; *esse direito apóia-se unicamente sobre o princípio da possibilidade de uma coerção externa* que possa coexistir com a liberdade de cada um segundo leis gerais" (pp. 408-409).

Em conformidade com esse princípio, estabelecido tão claramente, da compatibilidade entre as noções de direito e de coação e da necessidade da coação para a realização do direito, Kant define em diferentes circunstâncias o direito subjetivo como *faculdade de obrigar*. Conseqüentemente, é possível dizer que ao meu dever externo jurídico corresponde, no outro, um direito de me obrigar a cumprir (o que não aconteceria, se meu dever fosse apenas interno e moral) e que o dever é jurídico quando surge no outro a faculdade de obrigar, fato em que consiste o aspecto correlacionado e oposto ao dever jurídico, ou seja, o direito subjetivo. Com relação à definição do direito subjetivo, como faculdade de obrigar, veja-se o trecho seguinte:

> "Se, portanto, diz-se: um credor tem o direito de exigir do devedor o pagamento da sua dívida, isso não significa que ele possa demonstrar que sua própria razão o obriga a essa restituição; quer dizer somente que uma coação que obriga cada um a fazer isso pode muito bem estar de acordo, segundo uma lei externa e geral, com a liberdade de cada um e, portanto, também com a dele. *Direito e faculdade de obrigar significam, portanto, uma coisa só*" (p. 409).

Surge ainda um problema: num primeiro tempo foi dado particular relevo ao conceito do direito como *liberdade*; agora foi salientado o nexo necessário que existe entre direito e coação. Mas 'liberdade' e 'coação' não são dois termos antitéticos? Como é possível falar do direito como de um aspecto da liberdade humana e ao mesmo tempo ligá-lo necessariamente à coação? Como se concilia a liberdade, que devo respeitar para cumprir a lei jurídica fundamental, com a coação, que tenho o direito de exercer? Kant preocupa-se com esta aparente antinomia e dá para ela uma resposta muito clara.

É verdade que o direito é liberdade; mas é liberdade limitada pela presença da liberdade dos outros. Sendo a liberdade limitada e sendo eu um ser livre, pode acontecer que alguém *transgrida os limites* que me foram dados. Mas, uma vez que eu transgrida os limites, invadindo com minha liberdade a esfera de liberdade do outro, torno-me uma *não-liberdade* para o outro. Exatamente porque "o outro é livre como eu, ainda que com uma liberdade limitada, tem o direito de repelir o meu ato de não-liberdade". Pelo fato de que não pode repeli-lo a não ser por meio da coação, esta se apresenta como um *ato de não-liberdade cumprido para repelir o ato de não-liberdade do outro* e, portanto — uma vez que duas negações afirmam —, como um ato restaurador de liberdade. A coação é, pois, um conceito antitético com relação à liberdade, mas, enquanto surge como remédio contra uma não-liberdade anterior, é negação da negação e, então, afirmação. Portanto,

ainda que seja antitética com relação à liberdade, a coação é necessária para a conservação da liberdade.

Podemos esclarecer o mesmo conceito usando termos considerados geralmente como antitéticos, 'justiça' e 'força'. Como pode acontecer de a força ser necessária para a justiça? A força é necessária para a justiça quando a sua tarefa é de repelir uma outra força que impede a atuação da justiça, ou seja, a força injusta. É possível falar de dois usos da força: de um uso legítimo ou justo e de um uso ilegítimo ou injusto, segundo se refira à força usada para obrigar ao respeito do direito violado ou para violar o direito. Da mesma maneira a não-liberdade ou coação pode ser incompatível ou compatível com a liberdade, segundo vise à violação ou à restauração da liberdade inicial. Diz Kant:

> "A resistência que é oposta àquilo que impede um efeito serve como auxiliar para este efeito e concorda com ele" (p. 408).

O que significa: 1) eu quero buscar de maneira legítima um certo fim (efeito), por exemplo, cultivar em paz a minha lavoura; 2) você tenta impedir que eu faça isso, por exemplo, entrando na minha propriedade e levando as sementes embora; 3) eu resisto a esse ato, usando também a força física. Bem: 4) a resistência que eu oponho ao impedimento é a única coisa que me permite alcançar o efeito. E Kant continua, concretizando seu pensamento:

> "Tudo aquilo que é *injusto* é um *impedimento para a liberdade* enquanto esta está submetida a leis universais e a *coerção é um obstáculo* ou uma resistência à *liberdade*."

Isso significa que a coerção, como impedimento para a liberdade, é injusta? Não. E porque:

> "Quando um certo uso da própria liberdade é um impedimento para a liberdade segundo leis universais (ou seja, é injusto), a coerção oposta a tal uso, *enquanto serve para impedir um obstáculo posto à liberdade*, está de acordo com a própria liberdade, segundo leis universais, *ou seja, é justo*."

11

Dois Casos Anômalos

Como vimos, Kant considera a coação como um meio indispensável para a atuação do direito e expressa esse conceito de maneira drástica: "Qualquer direito em sentido estrito (*ius strictum*) inclui a faculdade de coagir". Mas admite duas situações, ainda que consideradas pelo direito, nas quais acontece uma dissociação entre direito e coação, devendo, portanto, ser consideradas como excepcionais. Na primeira existe um *direito sem coação*, e é o caso da *equidade*; na segunda existe uma *coação sem direito*, e é o caso do *estado de necessidade*.

Por 'equidade' entende-se tradicionalmente a 'justiça do caso concreto', ou seja, aquela justiça que nasce não da adequação rígida a uma lei geral e abstrata, mas da adequação à natureza mesma do caso particular, que apresenta algumas peculiaridades com relação a circunstâncias de tempo, de lugar e outras; motivo pelo qual se fala que existem casos nos quais a solução justa (ou seja, segundo a lei) não é equânime, e a solução equânime não é justa. Kant dá o exemplo do servo ao qual foi paga, no final do ano, a sua recompensa com uma moeda que, no curso do ano, se desvalorizara. Aqui o contraste entre justiça entendida de maneira abstrata e equidade entendida como solução a ser dada àquele caso particular é evidente. Segundo a justiça, o servo deve ser pago com a quantia em moeda, assim como foi estabelecido. Mas esta solução, que é justa, é também equânime? Não é ele defraudado por causa de um evento (a

desvalorização) que não é imputável a ele? Portanto existem dois direitos que concorrem: um direito segundo a justiça, e é o direito de receber a quantia em dinheiro que foi estabelecida, e um direito segundo a equidade, e é o direito de receber não a quantia, mas o valor. Qual dos dois deve prevalecer? Segundo Kant, não há dúvida: deve prevalecer o primeiro; mas então é claro que o servo tem um direito (com base na equidade) que não pode ser aplicado de maneira coativa, ou seja, tem um direito sem coação. Kant não admite um *tribunal da equidade*, ou seja, um tribunal que julgue não com base nas leis gerais e abstratas, mas caso por caso. E justifica esse fato da seguinte maneira:

> "O lema da equidade de fato é este: 'O máximo de justiça é o máximo de iniqüidade (*summus ius, summa iniuria*)'; mas a esse mal *não é possível remediar com base no próprio direito*, ainda que se trate de uma exigência fundada nele, porque a eqüidade pertence *somente ao tribunal da consciência* (*forum poli*), uma vez que, pelo contrário, cada questão de direito propriamente dito deve ser levada ao *tribunal civil* (*forum soli*)" (p. 411).

Excluindo-se o tribunal que julgue com base nos critérios de equidade, podemos dizer que quem se encontra na situação do servo tem um *direito*, mas não tem a *coação* para que seja aplicado, porque o tribunal, de cuja decisão depende a aplicação da coação, decide não com base na equidade, mas na justiça abstrata, ou seja, com base numa forma de justiça diferente daquela à qual o servo teria vontade de recorrer.

O 'estado de necessidade' é definido por Kant de forma parcial (no sentido de que ele indica um caso só, o mais típico, entre todos aqueles que podem ser compreendidos nesta categoria) e incompleta (no sentido de que não leva em conta todos os requisitos indispensáveis para caracterizar o conceito):

"Este pretenso direito seria a autorização, que eu teria no caso de perigo de perda da minha vida, de tirar a vida a um outro que não fez mal algum contra mim" (p. 412).

Trata-se, em outras palavras, de uma *violência permitida contra mim*. Para tornar didático o exemplo comum, aceito também por Kant, considere-se um náufrago que para poder sobreviver impede um outro náufrago de apanhar uma tábua ou um salva-vidas; ou, para dar um exemplo mais atual, o alpinista que corta a corda por meio da qual o companheiro está dependurado, no caso em que a corda, gasta, não possa mais agüentar os dois. Kant considera o estado de necessidade como um caso de *não-punibilidade*, apresentando a argumentação de que a punição com a qual a lei ameaça o culpado não poderia nunca ser tão grande para ser eficaz e, portanto, seria perfeitamente inútil: ninguém de fato poderia ser induzido a abster-se de um mal *certo* (aquele de morrer afogado ou destroçado) através da ameaça de um mal *menos certo* (a condenação penal). O que então diminuiria no estado de necessidade seria, portanto, não a *culpa*, mas somente a *pena*: o que significa que, para Kant, o ato cumprido no estado de necessidade é *injusto*, ainda que não seja punido por motivos práticos. Enquanto ato culpável, ao qual não corresponde a pena, o estado de necessidade pode ser considerado como uma coação (ou ato de força ou de violência) sem o direito correspondente.

(Será bom advertir que a doutrina dominante hoje segue uma tese diferente da de Kant e não classifica o estado de necessidade entre as causas de exclusão da punibilidade, mas da culpabilidade. O estado de necessidade é previsto no art. 54 do Código Penal Italiano.)

Resumindo, eis como o próprio Kant identifica a diferença entre os casos de equidade e estado de necessidade: no primeiro caso, "o que cada um por si mesmo, com bons motivos, reconhece como justo, pode não encontrar confirmação frente

a um tribunal"; no segundo caso, "o que ele mesmo deve julgar como injusto pode obter indulgência e absolvição deste". A anomalia desses dois casos está, portanto, no fato de que, enquanto a normalidade da relação entre direito e coação exige que o direito seja satisfeito, e o erro, remediado, aqui existe de um lado um *direito não-satisfeito*, do outro um erro *não-remediado*. Em outras palavras, seria possível dizer assim: a natureza da justiça implica que seja dada razão a quem tem razão e negada a quem não a tem. Nos dois casos anômalos, porém, existe esta alteração: no primeiro caso, *uma pessoa tem razão* e *não lhe é dada*, no segundo caso, uma *pessoa não a tem* e *lhe é dada*.

III

O Sistema do Direito Privado no Pensamento de Kant

1

Direito Privado e Direito Público

Nos itens precedentes a distinção entre moral e direito serviu para evidenciar o conceito kantiano de direito. Agora, enfrentando o problema do direito e das suas partes, o primeiro problema a ser esclarecido é o da distinção tradicional entre as duas esferas que dividem todo o campo do direito, quer dizer, o *direito privado* e o *direito público*. Essa distinção é um dos capítulos introdutórios de qualquer teoria geral do direito e objeto de controvérsias antigas e sempre novas. Como se sabe, são vários os critérios adotados pelos autores. A meu ver podem ser reduzidos, porém, a dois principais, conforme o critério diferencial seja buscado na *forma* ou na *matéria* da relação jurídica. Com base na forma da relação jurídica, distinguem-se relações de *coordenação* entre sujeitos de nível igual e relações de *subordinação* entre sujeitos de nível diferente, dos quais um é superior, e outro, inferior: as relações de direito privado seriam caracterizadas pela igualdade dos sujeitos, e seriam, portanto, relações de coordenação; as relações de direito público seriam caracterizadas pela desigualdade dos sujeitos, e seriam, portanto, relações de subordinação. Com base na matéria, porém, que constitui o objeto da relação, distinguem-se os interesses *individuais* que se referem a uma única pessoa, dos interesses coletivos, que se referem à totalidade das pessoas, à coletividade. Levando em conta essa distinção, o direito privado seria caracterizado pela proteção que oferece

aos interesses privados, e o direito público, pela proteção oferecida aos interesses coletivos.

Muitas controvérsias inúteis surgem do fato de que geralmente se busca um critério único e exclusivo para a distinção entre direito privado e direito público (como acontece inclusive para qualquer outra distinção), uma vez que está claro que os dois critérios de distinção acima mencionados não se excluem absolutamente, mas ambos são válidos segundo o ponto de vista no qual queremos estar e segundo o fim que nos interessa. De fato, quando usamos a distinção entre direito privado e público para caracterizar a distinção entre direito civil e direito administrativo, introduzimos o primeiro critério, formal; quando usamos a mesma distinção para caracterizar a distinção entre direito civil e direito penal, servimo-nos, sem saber, do segundo critério. O que significa, em outras palavras, que o direito administrativo é direito público com relação ao direito civil, segundo uma perspectiva diferente do direito penal, ou, em outras palavras, que o direito administrativo se distingue do direito privado *ratione personae*, e o direito penal, *ratione materiae*.

A distinção entre direito privado e direito público é tão dinâmica e relativa, que se nós adotamos, no lugar dos critérios citados, um terceiro critério de distinção, aquele da *fonte*, a distinção entre direito privado e direito público, assim como é elaborada pelo jurista moderno que se funda num ordenamento positivo, não tem mais razão alguma de subsistir. E de fato, com relação às fontes, ou seja, com relação aos atos ou fatos dos quais derivam normas jurídicas válidas, entre o direito privado e o direito público, ou entre o direito civil e o administrativo, ou entre o direito civil e o penal, não existe diferença alguma: todos os direitos mencionados derivam das mesmas fontes jurídicas (costumes, leis, decretos, regulamentos, sentenças judiciais, temas jurídicos etc.), e, porque todas essas fontes jurídicas dependem do supremo poder estatal, todos os direitos citados, com relação à fonte, são direitos públicos. O direito privado, assim como é objeto de estudo por parte de um jurista, é também um direito do Estado, ou seja, um direito público. Se queremos opor ao direito público um direito que não seja público com relação à fonte, isto é, que não seja colocado pelo Estado, devemos falar não de direito privado, mas de *direito dos privados*, ou seja, de um direito que nasce das relações dos indivíduos entre si, antes do surgimento do Estado.

Kant, como já se falou, elabora não uma doutrina empírica do direito, mas uma doutrina metafísica, ou seja, uma doutrina racional do direito. Também a distinção entre direito privado e público não pode ser para ele uma distinção empírica, mas deve estar fundamentada racionalmente. A única maneira de fundamentá-la racionalmente é voltar às diversas fontes das quais os diversos direitos derivam. Qualquer direito que deriva do poder estatal é direito público, também aquele que um jurista positivo chama de direito privado. Enquanto permanecemos no âmbito do direito estatal, uma distinção absoluta não é possível. Para caracterizar um direito diverso de maneira essencial e não somente acidental do direito público, é necessário sair do direito estatal. Existe um direito fora do direito estatal? Para Kant, que é um jusnaturalista, a resposta não pode ser duvidosa; um direito fora do direito estatal existe, e é *o direito natural* entendido, no sentido próprio e estrito, como o que regula as relações entre os homens no estado de natureza. Portanto, se por direito privado deve-se entender um direito que se diferencia essencialmente do direito público ou estatal e não seja uma parte dele, assim como é geralmente entendido o direito privado, deve-se chegar à conclusão de que *o direito privado identifica-se com o direito que é próprio do estado de natureza*. Dessa forma, o problema da distinção entre direito privado e direito público em Kant muda para a distinção entre direito natural e direito positivo, ou seja, entre o direito a que se visa no *estado de natureza* e o direito a que se visa no *estado civil*.

E essa não é mais uma distinção empírica no âmbito do próprio direito estatal, mas uma distinção racional que distingue duas esferas de direito diversas qualitativamente, ou dois momentos distintos do processo jurídico. Direito privado e direito público correspondem, no pensamento de Kant, a uma distinção de status: o primeiro é próprio do estado de natureza, no qual as relações jurídicas atuam entre indivíduos isolados, independentemente de uma autoridade superior; o segundo é próprio do estado civil, no qual as relações jurídicas são reguladas — tanto com respeito a relações entre indivíduos, quanto com respeito a relações entre o Estado e os indivíduos — por uma autoridade superior aos simples indivíduos, que é a autoridade do Estado.

Por meio dessa distinção, Kant se opõe também àqueles jusnaturalistas que introduziam uma distinção entre um direito natural individual e um direito natural social. Para Kant, a única distinção legítima é aquela que separa o direito natural (seja ele individual ou social) do direito positivo (seja ele individual ou social), como resulta do trecho seguinte:

> "A divisão do direito natural não reside (como é admitido às vezes) na distinção entre *direito natural* e *direito social*, mas entre *direito natural* e *direito civil*, dos quais o *primeiro é chamado direito privado, e o segundo, direito público*. E, de fato, ao estado de natureza *não é oposto o estado social, mas o estado civil*, porque pode muito bem existir uma sociedade no estado de natureza, mas não uma sociedade civil (que garante o meu e o teu por meio de leis públicas), e *é por isso que o direito neste caso chama-se direito privado*" (p. 422).

Uma vez reduzida a distinção entre direito privado e direito público à distinção entre direito natural e direito positivo, ela se torna uma distinção efetiva, e não só aparente, porque se

baseia nas *fontes* diversas de que ambos os direitos derivam. O direito natural é o que não reconhece outra fonte a não ser a natureza mesma das relações entre pessoa e pessoa; o direito positivo deriva, ao invés, da vontade do legislador. O primeiro é um direito permanente, racional e ideal; o segundo é um direito voluntário e determinado historicamente. O que é dito claramente no trecho seguinte:

> "O direito, enquanto forma uma ciência sistemática, divide-se em direito natural, *que se baseia exclusivamente em princípios a priori*, e em direito positivo (estatutário), *que deriva da vontade de um legislador*" (p. 416).

E confirmado por este outro trecho, no qual fica bem evidente que a distinção entre direito natural e direito positivo se baseia na diferente fonte da obrigação que caracteriza os dois direitos:

> "Entre estas leis, ou seja, entre as leis obrigatórias externas, às quais se pode reconhecer o caráter obrigatório também sem legislação externa, e isso *a priori* por meio da razão, estão, ainda que leis externas, leis naturais; aquelas, pelo contrário, que sem uma legislação externa real não obrigam a nada e que conseqüentemente sem essa legislação não seriam leis, chamam-se leis positivas" (p. 400).

Na distinção assim colocada entre direito privado e direito público, como diferenciação entre duas esferas distintas de direito, sendo que a primeira se refere ao estado de natureza e está fundamentada em princípios *a priori*, e a segunda se refere ao estado civil e está fundamentada na vontade do legislador, nós encontramos os critérios tradicionais de distinção usados pelos juristas para distinguir o direito privado do público. De

fato, no estado de natureza, sendo os indivíduos todos iguais, as relações jurídicas podem ser somente relações de *coordenação*: somente no estado civil, uma vez que foi constituída a autoridade do Estado, instauram-se situações de desigualdade entre aqueles que comandam e aqueles que obedecem, e das situações de desigualdade surgem relações de *subordinação*. E mais: no estado de natureza, sendo cada indivíduo uma totalidade por si mesmo, subsistem somente interesses *individuais*: somente no estado civil instaura-se um *interesse coletivo*, e, portanto, o direito público, próprio desse estado, torna-se um sistema para proteger, além dos interesses individuais, também interesses coletivos. Para concluir este ponto, seria possível dizer que o direito natural é o verdadeiro direito dos indivíduos, uma vez que o direito privado, no sentido costumeiro da palavra, é a regulamentação das relações entre interesses privados imposta pelo direito público. O direito do estado de natureza, como direito dos indivíduos, é qualitativamente distinto do direito estatal, enquanto o direito privado, no sentido costumeiro da palavra, é simplesmente uma parte do direito estatal.

2

Sobre a Juridicidade do Direito Privado

Colocado o direito privado, como direito do estado de natureza fora do direito público ou estatal, a diferença entre direito público e privado está bem-fundamentada e deixa de ser problemática. Mas surge então um novo problema: o direito no estado de natureza é direito da mesma maneira que o direito no estado civil? Vimos, na parte anterior, que o conceito do direito está estritamente ligado, segundo Kant, àquele da coação, e que, portanto, é possível falar de um direito subjetivo somente onde existem uma faculdade e um poder de coação. Mas no estado de natureza, onde não existe ainda um poder superior aos simples indivíduos, a coação é possível? E, se a coação não é possível, pode-se falar de um direito num sentido próprio, ou seja, da mesma forma com a qual se fala de direito com relação ao direito estatal, que é garantido pela coação?

O problema, como se vê, é bastante sério. A conexão do conceito de direito com o de coação leva de maneira clara a não se conceber outro direito a não ser o estatal. Mas então o direito natural não é direito? E, se não é direito verdadeiro, o problema do direito privado, identificado por Kant com o direito no estado de natureza, não está resolvido. Para o jurista comum, o direito privado é na realidade uma parte do direito público. Kant, para garantir a ele uma autonomia plena, afastou-o do direito público. Mas, fazendo isso, arrisca-se a despi-lo de valor jurídico. Dessa forma, o problema do direito priva-

do apresenta uma verdadeira aporia: se, com os juristas o consideramos como uma parte do direito estatal, ele não é mais privado, porém público; se, com Kant o identificamos com o direito do estado de natureza, é plenamente distinto do direito público, mas arrisca-se a não ser mais direito. Poderíamos falar de um paradoxo do direito privado, formulando a questão desta maneira: para os juristas positivos, é pouco 'privado', porque todo direito é público; para Kant, e em geral para os jusnaturalistas, é pouco 'direito', porque somente o direito público é direito.

Kant está bem consciente da dificuldade e indica uma solução que visa a salvar ao mesmo tempo o caráter privado e o caráter jurídico do direito no estado de natureza. Enquanto outros jusnaturalistas tinham preferido considerar o estado de natureza como um estado não-jurídico, para atribuir caráter jurídico somente ao direito do estado civil, Kant afirma que o estado de natureza é um estado jurídico, mas *provisório*, distinto do estado civil, que é o único estado jurídico *peremptório*. Dizendo que o estado de natureza é provisório, Kant quer dizer que, segundo a sua mesma constituição, ou seja, pela falta de uma coação organizada e, portanto, de uma garantia comum das respectivas liberdades externas dos indivíduos singulares, não está destinado a durar. É um estado cujo destino é levar ao estado civil, o qual somente pode durar uma vez organizado o poder coercitivo. Kant freqüentemente volta a essa distinção entre direito natural ou privado e direito positivo ou público, como dois momentos sucessivos e necessários do desenvolvimento jurídico da humanidade:

> "Verdadeiramente o estado de natureza bem que podia não ser, exatamente por isso, um estado de injustiça (*iniustus*), no qual os homens não reconhecessem nas relações entre si outro princípio a não ser aquele da força; mas era *um estado sem nenhuma garantia legal*

> (*status iustitia vacuus*), no qual, quando surgia uma controvérsia com relação ao direito (*ius controversum*), não se encontrava nenhum juiz competente que pudesse pronunciar uma sentença com força de lei (...) De fato, ainda que, segundo os conceitos que cada um tem do direito, possa ser adquirido algo de externo por meio da ocupação ou do contrato, essa aquisição é sempre *provisória, até quando não tenha para si a sanção de uma lei pública*."

Com base nessa distinção poder-se-á dizer que no estado de natureza pode existir uma *posse*, mas somente provisória, e que de possessão peremptória é possível falar somente no estado civil (p. 437); e ainda: que no estado de natureza pode *ser adquirida* alguma coisa, mas somente de maneira provisória, e que, para se ter uma aquisição peremptória, ou seja, definitiva, de alguma coisa, é preciso constituir o Estado (p. 445). Em outras palavras, dir-se-á que o estado de natureza é aquele no qual se expressa a *justiça comutativa*, ou seja, a justiça entre as partes iguais nos próprios direitos, uma vez que no estado civil à justiça comutativa junta-se a *justiça distributiva*, que é aquela que regula as relações entre o Estado e os indivíduos. Mas nem sempre Kant consegue dissolver a dúvida se o estado de natureza, sendo um estado de direito, sim, mas somente provisório, e portanto, destinado a ser substituído pelo estado peremptório, seja exatamente um estado jurídico ou não seja um estado pré-jurídico. Existem até alguns trechos (por exemplo na p. 492) em que o estado natural é chamado, e certamente de maneira equivocada (mas é um equívoco revelador), um *estado não-jurídico*. Mas a maior parte dos trechos não dão lugar a dúvidas com relação à intenção de Kant de considerar o estado de natureza como um estado jurídico. Por exemplo, onde fala da aquisição provisória no estado de natureza, apressa-se a dizer que "todavia aquela aquisição é uma verdadeira aquisição" (p. 446).

Em favor da juridicidade do direito privado e natural, Kant apresenta especialmente uma argumentação que pode ser formulada desta maneira: se no estado de natureza não existissem direitos, não existiria o direito de obrigar os outros a sair desse estado para constituir o estado civil e, portanto, este não surgiria. Em outras palavras, para que seja possível constituir o estado civil como estado jurídico é necessário que esse estado surja de um direito anterior, que só pode ser o direito natural. Podem ser apresentados diferentes trechos em favor dessa tese. No mesmo trecho citado há pouco, aquele da p. 446, após ter dito que a aquisição provisória é uma verdadeira aquisição, Kant explica que isso depende do fato de que:

> "É um princípio do direito privado, segundo o qual cada um está autorizado a usar aquela coerção, por meio da qual somente é possível sair do estado de natureza e entrar no estado civil, que somente é capaz de fazer esta aquisição peremptória."

Mas explica mais clara e amplamente na p. 499:

> "Se desejássemos, antes da entrada no estado civil, não reconhecer como legítima alguma aquisição, nem provisoriamente, *aquele mesmo estado*, ou seja, o estado civil, seria impossível (...) Se (...) não existisse nem provisoriamente um *meu* e um *teu externos* no estado de natureza, *não existiriam nem deveres jurídicos com relação a ele*, e conseqüentemente não poderia existir comando algum que obrigasse a sair daquele estado."

O que significa que, com o meu direito constituindo o Estado para proteger de maneira peremptória a minha posse, surge de fato que esta posse constitui já anteriormente um direito. Se eu não tivesse um direito sobre as coisas, nem teria o direito

de conservá-las através da proteção do Estado. O direito de obrigar os outros a entrar no estado civil é uma conseqüência do fato de que eu tenho o direito de excluir os outros da posse de certas coisas; e esse direito precede o surgimento do Estado, pelo fato mesmo de que é o seu pressuposto ou condição. A melhor formulação dessa argumentação encontra-se num trecho da p. 437:

> "Se deve ser juridicamente possível ter um objeto externo como seu, deve também ser permitido ao sujeito obrigar qualquer outro, com o qual surja contestação do *meu* e do *teu* sobre um tal objeto, a *entrar* juntamente com ele numa constituição civil (...) Conseqüentemente, precisa admitir como possível anteriormente à constituição civil (ou abstraindo dessa constituição) um *meu* e um *teu* externos e ao mesmo tempo um direito de obrigar todos aqueles com os quais nós podemos vir a ter qualquer forma de relação, a entrar conosco num Estado constituído, no qual esse *meu* e esse *teu* possam ser garantidos."

Como se vê, a afirmação da juridicidade do estado de natureza serve para fundamentar a juridicidade do estado civil. Aqui se revela a diferença entre a posição do *jusnaturalismo* e aquela do positivismo que triunfou no final do século passado e domina ainda hoje. Os jusnaturalistas visam a oferecer ao Estado um fundamento jurídico e, portanto, são obrigados a admitir a existência de um estado jurídico anterior ao Estado; os positivistas coerentes com seus pressupostos de não reconhecer outro direito a não ser aquele do Estado podem fundar o poder do Estado somente na força, ou seja, no fato de que esse poder existe e é capaz de manter-se (o que Kelsen chama *o princípio de efetividade*).

3

A Sistemática do Direito Privado

O problema de uma sistematização racional da ampla matéria do direito privado havia sido discutido muito tempo antes de Kant. A tripartição clássica, na qual estavam fundamentadas as *Instituições* de Justiniano, dividia toda a matéria jurídica em três grandes categorias: *pessoas, coisas, ações*. A primeira categoria incluía a matéria mais ou menos correspondente ao direito de família de hoje. A segunda incluía tanto os *iura in re* (direitos reais) quanto os *iura ad rem* (direitos pessoais). A terceira incluía os meios oferecidos ao titular como garantia do seu direito (*actiones*). Essa divisão tinha sido aceita de maneira acrítica por longo tempo. E ainda Vico elaborava toda a sua sistemática do direito, numa das obras da maturidade, o *De uno universi iuris principio et uno fine* (1721), com base nos três conceitos fundamentais da *liberdade*, do *domínio* e da *tutela* que correspondiam à tripartição clássica. Mas não tinham faltado, nos juristas sistemáticos e nos jusnaturalistas, críticas destrutivas contra a antiga divisão e tentativas de sistematização mais racionais. A mais famosa dessas tentativas terá sido de Leibniz; que, numa obra da juventude, *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae* (1667), havia recusado a divisão tradicional como surgida de exigências práticas e não tendo valor científico e havia contraposto a ela uma nova sistemática fundamentada na constatação de quatro relações jurídicas típicas essencialmente diferentes entre si, ou seja, as *relações possessórias*, as *relações que surgem da injúria*, as *relações contratuais*, as *relações sucessórias*. O direito de família era geralmente considerado pelos jusnaturalistas como uma categoria por si mesma, que pertencia ao *direito natural social*, que regula relações no âmbito de uma sociedade e, como tal, era distinto do *direito natural individual*, que regula relações entre indivíduos considerados singularmente. Como direito natural social, o direito de família estava no meio entre o direito natural propriamente dito e o direito público, que incluía as relações que nascem da constituição daquela mais alta entre todas as sociedades humanas, que é o Estado.

Kant, como se disse, tinha a intenção de elaborar uma teoria racional do direito. Um dos primeiros problemas que encontrou foi o de elaborar uma sistematização racional da matéria do direito privado que não fosse uma reprodução da divisão empírica da tradição. Para elaborar uma sistematização racional, precisava partir de um conceito fundamental da experiência jurídica, do qual fosse possível deduzir as várias partes do sistema. Kant coloca como conceito fundamental da experiência jurídica o conceito de *posse* (que iremos ilustrar mais adiante). E observa que, sendo a posse o modo de considerar algo do mundo externo como próprio (o *meu* e o *teu* externos), esta pode estar dirigida para três coisas: ou uma coisa corpórea fora de mim, ou o *arbítrio* de um outro ser parecido comigo, ou seja, de uma outra pessoa, ou o *status* de um outro com relação a mim. Leia-se na p. 427:

> "Os objetos externos do meu arbítrio podem ser somente de três espécies: 1ª) uma *coisa* (corpórea) fora de mim; 2ª) o *arbítrio* de um outro com relação a um todo determinado (*praestatio*); 3ª) o *status* de um outro com relação a mim."

A primeira relação inclui a esfera dos *direitos reais*; a segunda, a dos *direitos pessoais*; a terceira, dos *direitos de família*.

Para estar de acordo com as categorias fundamentais do intelecto, expostas na *Crítica da razão pura*, Kant deixa coincidir essas três relações com as três categorias da *relação*, que são a *substância*, a *causalidade* e a *reciprocidade*. Com isso quer dizer que, numa relação real, possuo a substância de uma coisa; numa relação pessoal, o que possuo é a atividade do outro como causa da minha posse de uma coisa determinada; numa relação familiar (exemplo típico, o casamento) eu possuo o *status* do outro, enquanto o outro possui o meu *status*. Uma outra formulação dessa tripartição pode ser lida na p. 441:

> "Com relação à *matéria* (ao objeto) é possível adquirir ou uma *coisa* corpórea (uma substância), ou a *prestação* (a causalidade) de uma outra pessoa, ou essa outra *pessoa* mesma, quer dizer, o seu *status*, enquanto eu obtenho o direito de dispor dela (de ter comércio com ela)."

A essa tripartição segundo a matéria da posse, Kant faz corresponder uma tripartição segundo a forma ou o modo de exercício do direito. À posse da coisa corresponde a esfera dos *direitos reais*. À posse da prestação de um outro corresponde a esfera dos *direitos pessoais*. Finalmente, a posse do *status* de um outro corresponde a nova categoria, que Kant se orgulha de ter formulado em primeira mão, dos *direitos pessoais de natureza real* (*ius realiter personale*). Com tal classificação, Kant pensava ter encontrado uma solução para a sistematização da categoria dos direitos que tinha causado muitos problemas aos sistemáticos, ou seja, dos direitos de família, que ele considerava como uma espécie intermediária entre os direitos reais e os direitos pessoais, enquanto eram pessoais segundo a matéria, mas reais segundo a maneira com a qual essa matéria era objeto de tratamento. Substancialmente, ele pensava poder afirmar que a característica dos direitos de família podia ser referida, contrariamente aos direitos reais, a pessoas, mas podia

possuir pessoas, contrariamente aos direitos pessoais, como coisas. Num outro trecho (p. 458) ele explica que o direito pessoal de natureza real é aquele direito "que consiste em *possuir* um objeto externo como *uma coisa* e em *usá-lo* como *uma pessoa*". Em outras palavras, ele não é nem direito *sobre* uma coisa, nem um direito *com relação* a uma pessoa, mas um direito sobre uma pessoa, e como tal é um direito além do direito real e do direito pessoal.

Essa categoria kantiana dos direitos pessoais de natureza real, na qual ele incluía os direitos de família, provocou de imediato objeções. Possuir uma pessoa como uma coisa não significava reafirmar o instituto da escravidão? O que era a posse de uma pessoa como uma coisa senão o direito do dono sobre o escravo? E era possível reduzir a relação, por exemplo, entre marido e mulher, à relação entre dono e escravo? Essa objeção foi colocada por Friedrich Bonterwerk, que nos *Göttinger Gelehrten-Anzeigen* de 19 de fevereiro de 1798 fez uma recensão da *Doutrina do direito*. Kant respondeu com *Observações explicativas sobre os elementos metafísicos da doutrina do direito*, publicadas como apêndice à segunda edição da *Doutrina do direito* (1798), que podem ser encontradas na edição que estamos examinando (p. 548 e ss.).

Nessas observações, ele explica que, se de um ponto de vista racional existem direitos reais e direitos pessoais, são possíveis também as duas categorias combinadas dos *direitos reais de natureza pessoal* e dos *direitos pessoais de natureza real*. Mas a primeira das duas categorias combinadas deve ser eliminada de fato, porque não é possível conceber a posse de uma coisa como se fosse uma pessoa. É sempre possível, contudo, que a segunda categoria não seja entendida no sentido que gostaríamos que lhe fosse atribuído, ou seja, de um direito de tratar uma pessoa *de todas as maneiras* como uma coisa, porque neste caso voltaríamos ao reconhecimento do direito do dono sobre o escravo, mas no sentido mais limitado de possuir

uma pessoa de modo parecido a uma coisa, *ainda que* usando como uma pessoa. E explica:

> "O próprio não significa aqui verdadeiramente a *propriedade da pessoa de um outro* (porque um homem não pode nem ser considerado como um proprietário de si mesmo, tanto menos então de uma outra pessoa), mas somente o *direito de usar* (*ius utendi, fruendi*) de imediato dessa pessoa *como* de uma coisa, como de um meio para servir ao meu próprio fim; *sem, porém*, prejudicar a sua personalidade" (pp. 551-552).

Não parece que essa explicação, na qual se fala em usar uma pessoa como coisa, esteja de acordo com a definição anterior (p. 458), na qual se falava em usar a coisa como pessoa; mas é claro de qualquer forma que Kant é bem consciente do fato de que no direito pessoal de natureza real o objeto da relação não perde seu caráter de pessoa, não se torna coisa, como é reafirmado neste outro trecho, que também se encontra no apêndice:

> "A definição do direito pessoal de natureza real é, de maneira breve, mas exata, esta: é o direito que o homem tem de possuir, além de si, uma outra *pessoa* como *própria*, por exemplo, a esposa, ou filhos, ou os empregados de casa. Digo intencionalmente uma *pessoa* e não uma coisa, porque é possível ter como algo que faz parte do que é *próprio* um outro homem, que por causa de uma dívida tenha perdido a sua personalidade (seja escravo), mas aqui *não se trata desse direito real*" (pp. 550-551).

É perfeitamente claro que o direito do dono sobre o escravo não difere absolutamente do direito real. Se a categoria dos direitos pessoais de natureza real difere da dos direitos reais, é

exatamente porque o homem, objeto dessa espécie particular de posse, é usado como coisa (ou seja, na totalidade das suas prestações e não somente, como acontece nos direitos pessoais, segundo uma prestação determinada), mas sempre dentro dos limites do respeito da sua personalidade.

Deve-se ainda acrescentar, para completar a exposição dessa tripartição do direito privado, que Kant faz corresponder a cada uma das três categorias um título diverso de aquisição. Ao direito real corresponde a aquisição segundo o ato do arbítrio de *um único*, ou *facto*; ao direito pessoal, a aquisição segundo o ato do arbítrio de *dois*, ou *pacto*; ao direito pessoal de natureza real, a aquisição segundo o ato do arbítrio de *todos* (entende-se por todos a totalidade dos membros de uma determinada sociedade), ou *lege*. Essas três formas diferentes de aquisição serão mais bem analisadas quando falarmos particularmente dos institutos.

4

O Meu e o Teu Externos

O primeiro problema que se apresenta para Kant, na análise do direito privado, é o que pode ser formulado com esta pergunta: que se entende quando dizemos que uma coisa é *minha*? O que distingue uma coisa que é *minha* de uma coisa que é *tua*? Kant chama essa questão de o problema do *meu* e do *teu* externos, para mostrar que se trata do meu e do teu sob o ponto de vista do direito (que é de fato a regra das ações externas do homem). É, em outras palavras, o problema do que significa *possuir* uma coisa, estar na situação de posse de uma coisa (entendendo o termo 'posse' em sentido genérico, e não técnico). Kant de fato identifica o problema do meu e do teu externos como o problema da posse. E considera, portanto, a posse como o conceito primário da experiência jurídica. A experiência jurídica nasce no momento em que eu posso dizer que tenho algo do mundo externo como meu, ou que possuo algo.

Na realidade, o problema frente ao qual Kant se encontra é simplesmente, hoje diríamos, o problema do *direito subjetivo*. O problema do direito subjetivo é colocado por meio desta pergunta: que significa *ter direito a...*? Quando Kant pergunta a si mesmo o que significa ter algo de meu, coloca o mesmo problema que um jurista moderno ao se perguntar o que deve entender por direito subjetivo. O que é meu (entende-se juridicamente) e se distingue do teu é de fato aquilo sobre o qual eu tenho um direito. Também o que Kant usa

como 'posse' é uma expressão genérica que podemos muito bem substituir pela palavra 'direito'. Onde Kant fala de posse de uma coisa, ou de uma prestação, ou de um status, diríamos melhor: direito a uma coisa, direito a uma prestação, direito a um status.

Que se entende por 'direito subjetivo'? A noção de direito subjetivo é das mais controvertidas. Não temos aqui a pretensão de examiná-la profundamente. Digamos somente que, a nosso ver, na noção de direito subjetivo estão incluídas duas noções diversas que se integram; a noção de *faculdade*, entendida como liberdade de fazer ou não fazer, ou como liberdade ou esfera de permissão, oposta às esferas do obrigatório e do proibido, ou ainda como liberdade em sentido negativo (liberdade como não-impedimento); e a noção de *poder*, entendida como capacidade efetiva de exercer a minha liberdade contra qualquer um que o queira impedir, ou liberdade em sentido positivo. Quando eu digo que uma coisa é juridicamente minha, quero dizer que tenho, sobre aquela coisa, uma faculdade ou mais faculdades (por exemplo, usufruir dela, utilizar, dispor) e juntamente também um poder, que consiste no uso legítimo da força (não importa se essa força seja minha ou do Estado) para rejeitar qualquer tentativa de limitar ou anular a minha liberdade. Com isso quero dizer que não existe diferença alguma de relevo entre os problemas que colocamos tratando do direito subjetivo e aqueles que Kant enfrenta falando do meu e do teu externos.

Para dizer a verdade, encontram-se três definições, substancialmente não-diferentes entre si, do meu e do teu externos. Na p. 425 (são as palavras com as quais inicia a análise do direito privado):

> "O *meu jurídico* ou meu direito (*meum iuris*) é aquele ao qual eu estou tão ligado que o uso que um outro poderia fazer dele sem o meu consentimento me prejudicaria."

À p. 428:

"O *meu externo* é aquele que se encontra fora de mim, com relação ao qual qualquer coisa que me impede o seu livre uso me prejudicaria (ofenderia a minha liberdade, que pode subsistir com a liberdade de cada um segundo uma lei geral)."

"O *meu externo* é aquele do qual não é possível impedir o meu uso sem me ofender, ainda que eu não esteja na situação de posse da coisa."

O elemento comum dessas definições é o conceito de que se uma coisa é minha, o uso dessa coisa por parte de um outro me traz prejuízo. Disso é possível derivar que, quando uma coisa é minha, eu posso usá-la sem ofender os outros. Parece-me então que, do conceito kantiano de meu externo, podem ser derivados estes dois princípios:

1) a coisa é minha quando o uso que os outros fazem dela me ofende;
2) a coisa é minha quando o uso que eu faço dela não ofende os outros.

E isso nos leva novamente à definição do direito objetivo como limite das liberdades externas; e da mesma definição de direito objetivo deriva a definição do direito subjetivo como o conjunto das minhas liberdades externas limitadas pelas outras liberdades externas, ou seja, como o conjunto das minhas faculdades de agir nos limites da minha esfera de liberdade e dos poderes de obrigar os outros a respeitar essa minha liberdade. Poderíamos dizer que o direito objetivo é o limite tanto do meu e do teu externos, quanto dos direitos

subjetivos individuais: as duas expressões são perfeitamente equivalentes.

Mas, tendo Kant adotado o termo *posse* para indicar direito *subjetivo*, encontramo-nos de imediato frente a uma dificuldade (que é mais com relação ao termo do que real) da qual devemos nos livrar para poder continuar. A dificuldade é a seguinte: existem casos nos quais se tem a *posse* (ou melhor: detenção) *sem se ter o direito* (por exemplo, o ladrão com relação à coisa furtada), e outros casos nos quais se tem o *direito sem se ter a posse* (por exemplo, o proprietário que concedeu seu patrimônio como usufruto). Segundo a terminologia kantiana, dever-se-ia dizer que nesses casos a posse não coincide com o meu externo ou, em outras palavras, eu possuo uma coisa sem poder dizer que é minha, ou é minha sem que eu a possua.

Para resolver essa dificuldade, Kant distingue entre a posse física, material, sensível ou, como diz com terminologia emprestada à filosofia teorética, *fenomênica*, e a posse *inteligível* ou nominal. Em outras palavras, a posse jurídica, ou seja, aquele fato com base no qual posso dizer que uma coisa do mundo externo é minha, no sentido de que tenho um direito sobre ela, não coincide absolutamente com a posse material da coisa (ou detenção); não é uma relação física entre mim e a coisa, mas é uma relação puramente ideal que deriva não de um fato, mas de uma idéia da razão. De fato, posso não estar na posse física, entenda-se atual, empiricamente experimentável, de uma coisa — por exemplo, de um terreno que está a cem quilômetros de distância do lugar onde me encontro —, mas possuí-la no sentido jurídico da palavra. Portanto, para que uma coisa esteja na situação de minha posse, juridicamente falando, não é absolutamente necessário que ela esteja na situação de minha posse física. Dessa forma, posse física e posse jurídica não coincidem; e, portanto, a posse jurídica não é uma relação sensível, mas puramente inteligível ou racional. Leia-se na p. 425, exatamente no início da análise do direito privado:

"Ter algo de externo como seu seria então contraditório, se o conceito de posse não fosse passível de duas interpretações diversas, ou seja, da posse *sensível* e da posse *inteligível*, entendendo-se pela primeira a posse *física* e pela segunda uma *posse* puramente *jurídica* dos mesmos objetos."

E pouco mais adiante explica:

"Uma posse inteligível (admitindo-se que tal seja possível) é uma posse sem detenção (*detentio*)."

Mas a melhor explicação, sobre a qual desejo chamar a atenção, é a seguinte:

"O conceito de direito, *que reside unicamente na razão*, não pode ser aplicado *de imediato* a objetos da experiência e ao conceito de uma posse empírica, mas deve ser aplicado principalmente ao conceito puramente intelectual de uma posse em geral, de maneira que, em vez da *detenção* (*detentio*), como representação empírica da posse, tem-se o conceito do *ter, que faz abstração de qualquer condição de espaço e de tempo* e significa somente que o objeto está *em meu poder* (*in potestate mea positus est*)" (p. 433).

O próprio Kant dá exemplos que esclarecem o seu pensamento. Diz na p. 434:

"Eu possuo um espaço, ainda que ele esteja verdadeiramente num lugar completamente diferente daquele no qual eu estou realmente, porque aqui se trata somente de uma *relação intelectual* entre o objeto e mim, enquanto eu o tenho em meu poder."

E mais adiante na mesma página:

"Um lugar sobre a terra não é um meu externo pelo fato de que eu o ocupo com o meu corpo (...) mas somente se *eu continuo a possuí-lo, ainda que me afaste ou viaje para outro lugar*, então somente eu posso falar do meu direito externo."

Assim, nas relações pessoais, é possível dizer que eu possuo a coisa prometida, ainda que aquele que prometeu tenha mudado de idéia. E assim, nas relações familiares, eu posso dizer que existe uma relação jurídica entre os membros da família, ainda que eles estejam *divididos em termos de lugar* e não vivam juntos, porque, mais uma vez, o que os reúne não é uma relação de fato, mas uma relação jurídica, e "o meu e o teu externo fundamentam-se aqui, assim como nos outros casos anteriores, unicamente na suposição da *possibilidade de uma posse puramente racional, sem detenção*" (p. 435).

5

O Fundamento do Meu e do Teu Externos

Após ter dado a definição do meu externo, ou seja, do que se deve entender por *ter direito a...*, Kant tenta estabelecer uma fundamentação racional desse conceito. Não podemos esquecer que ele não visa a expor uma doutrina empírica do direito. O seu fim é apresentar as diretrizes de uma doutrina racional do direito, ou seja, de uma metafísica dos costumes. Ele tinha afirmado na *Crítica da razão pura*, que em todas as ciências teoréticas estão incluídos *juízos sintéticos a priori*. Portanto, a possibilidade da doutrina do direito como doutrina racional depende da demonstração de que ele compreende julgamentos sintéticos *a priori*. O problema é colocado claramente por Kant nestes termos:

> "A pergunta: 'Como é possível um meu e um teu externos?' resolve-se agora nesta: 'Como é possível uma *posse puramente jurídica* (inteligível)?' E esta, por sua vez, na terceira: 'Como é possível um juízo jurídico sintético *a priori*?'" (pp. 429-430).

O que vêm a ser os juízos sintéticos *a priori*, Kant já havia explicado na *Crítica da razão pura*. Tradicionalmente, os juízos (por 'juízos' entende-se uma proposição composta de um sujeito e um predicado unidos pela cópula *é*) distinguiam-se em *analíticos* e *sintéticos*. Num trecho famoso da *Crítica da razão*

pura (cito da recente edição italiana, com a colaboração de Giorgio Colli, Turim, Einaudi, 1957) Kant havia dito que juízos analíticos são aqueles nos quais "o predicado B pertence ao sujeito A como algo que está incluído nesse conceito A" e, portanto, não acrescentam nada ao conceito de sujeito, através do predicado; enquanto juízos sintéticos são aqueles nos quais "o predicado B encontra-se completamente fora do conceito A, ainda que esteja em conexão com este", e, portanto, o predicado acrescenta algo que não estava incluído no sujeito. Exemplo dos primeiros: "Os corpos são extensos"; exemplo dos segundos: "Os corpos são pesados". Os juízos analíticos são *a priori*, no sentido de que não são derivados da experiência; os juízos *a posteriori*, ou seja derivados da experiência, são todos sintéticos.

Mas, juntamente com essas duas espécies de juízos, Kant tinha introduzido uma terceira espécie, que é considerada descoberta sua e na qual fundamenta a possibilidade das ciências: os *juízos sintéticos a priori*. Exemplo: "Tudo aquilo que acontece tem a sua própria causa". Esse juízo é seguramente sintético, porque o fato de ter uma causa não está imediatamente incluído no conceito daquilo que acontece, e, portanto, o predicado acrescenta algo à noção do sujeito. Mas, ao mesmo tempo, o que é acrescentado não é, neste caso, derivado da experiência, porque a experiência pode, sim, mostrar uma sucessão constante entre um acontecimento e outro, mas não pode de maneira alguma mostrar a necessidade dessa sucessão na qual consiste, de fato, o conceito de causa. A noção de causa não pode ser derivada da experiência: é um conceito *a priori*. Portanto, quando eu falo que "tudo aquilo que acontece tem a sua própria causa", pronuncio uma proposição que é ao mesmo tempo sintética e *a priori*.[12]

Vamos tentar agora referir essa distinção, especialmente a distinção entre juízos analíticos e juízos sintéticos *a priori*, na esfera do direito. A proposição fundamental colocada até agora por Kant é que eu possuo algo de meu quando tenho, de

uma coisa, posse não meramente física, mas inteligível, isto é, independente da relação com a coisa que pode ser situada no espaço e no tempo, ou seja, quando eu posso dizer que alguém me ofende usando uma coisa da qual eu não tenho mais, ou não tenho ainda, a posse material. Kant começa observando que todas as proposições jurídicas são proposições *a priori* porque são leis da razão (*dictamina rationis*) e não são derivadas da experiência. Mas, no caso específico da proposição jurídica fundamental que define o que deve ser entendido por meu, é ela analítica ou sintética? Kant sustenta que, considerando-se somente a posse material ou empírica, a proposição é analítica, porque, dizendo que o indivíduo que toma posse, sem o meu consenso, de uma coisa que está na situação de minha posse material, me prejudica, não é dito nada a mais do que resulta dessa mesma posse; enquanto a proposição que afirma uma coisa ser minha, independentemente da posse empírica, é sintética, além de ser *a priori*, porque acrescenta ao conceito de posse sem detenção algo que não pode ser derivado imediatamente dela. Em outras palavras: dizer que alguém me ofende se me tira uma coisa que eu tenho na mão (posse empírica) é uma tautologia (juízo analítico); dizer que me ofende independentemente do fato de que eu tenha a coisa na mão (no caso da posse inteligível, que é a verdadeira posse jurídica) significa dizer algo que não está incluído imediatamente no conceito de posse jurídica, mas é possível somente no caso em que eu o derive de algum *princípio da razão*. E, portanto, é um juízo sintético.

Trata-se agora de saber de qual princípio da razão se pode derivar o conceito de posse inteligível, ou seja, do meu externo; em outras palavras, qual é o fundamento racional do conceito de direito segundo o qual é possível o que Kant chama de *juízo sintético a priori jurídico*.

O ponto de partida do raciocínio deve ser buscado num *postulado da razão prática*, ou seja, numa proposição última

que não pode ser demonstrada, mas é colocada como o princípio de qualquer raciocínio possível sobre o direito. Eis como Kant se expressa:

> "A tese diz: *é possível* ter algo de externo como *meu*, ainda que eu não possua essa coisa.
>
> "A antítese, ao invés: *não é possível* ter algo de externo como *meu*, se eu não possuo essa coisa.
>
> "*Solução*: ambas as proposições são verdadeiras; a segunda, se eu entendo por posse uma posse empírica (*possessio phaenomenon*); a primeira, se sob aquela mesma palavra entendo uma posse meramente inteligível (*possessio noumenon*). Mas a possibilidade de uma posse inteligível, então também do *meu* e do *teu* externos, não pode ser demonstrada por si mesma, *mas deve ser deduzida do postulado da razão prática*" (pp. 435-436).

O postulado da razão prática que Kant coloca como fundamento da dedução jurídica pode ser formulado desta maneira:

> "Não existe coisa no mundo externo que não possa tornar-se objeto do meu arbítrio."

O que significa que toda a experiência jurídica está fundamentada no pressuposto de que o mundo externo, ou seja, o mundo das coisas, esteja à disposição do homem para o alcance dos próprios fins. Não seria possível conceber nenhuma regra jurídica que delimitasse o meu do teu e tornasse possível a convivência das liberdades, se não partíssemos do pressuposto de que, em geral, o mundo externo é o conjunto dos meios dos quais o homem pode dispor para alcançar os próprios fins; de que, então, o homem é dono potencial do mundo externo, o qual é objeto do seu poder de disposição, ou seja, do seu arbítrio. Aqui descobrimos um novo conceito importante para ca-

racterizar a experiência jurídica com relação à moral: assim como a experiência moral se fundamenta no princípio da *pessoa como fim*, a experiência jurídica se fundamenta no princípio da *coisa como meio*, motivo pelo qual a regra fundamental da moral é, segundo Kant: "Reconheça a pessoa humana como fim em si mesma". A regra fundamental do direito pode ser assim formulada: "Usa as coisas do mundo externo como meios para os teus fins". O objeto da moral é o mundo pessoal; o objeto do direito é o mundo real. A moral ensina como deve ser o nosso comportamento com as pessoas, o direito ensina como deve ser o nosso comportamento com as coisas com relação às pessoas. É, portanto, o complexo das regras para a conquista e o uso, por parte dos homens, do mundo externo. Toda a experiência prática do homem pode ser resumida nesta dupla máxima fundamental: "Considera os teus semelhantes como fins; considera as coisas como meios", e dessa máxima surgem tanto o ordenamento moral quanto o jurídico, o primeiro acentuando o fato de que o homem é o fim da natureza, o segundo acentuando o fato de que todo o resto da natureza é meio para a conservação do homem; e, portanto, o primeiro visa a ensinar ao homem como realizar-se como fim, o segundo visa a ensinar a melhor maneira para usufruir do mundo externo como meio. Existe um trecho de um escrito menor de filosofia da história, *Conjecturas sobre a origem da história* (1786), que ilustra muito bem essa concepção geral do mundo, fundamentada nos postulados da pessoa como fim e das coisas como meio, da qual Kant deduz a distinção entre o mundo moral e o mundo jurídico:

> "O quarto e último passo pelo qual a razão acabou de elevar o homem completamente acima dos animais foi o fato de deixá-lo entender, ainda que de maneira obscura, que ele era verdadeiramente o *fim da natureza* e que nada daquilo que vive no mundo podia competir com

> ele. Quando ele disse pela primeira vez à ovelha: 'A lã que tu levas, a natureza não a deu para ti, mas para mim', quando o homem a despojou da lã e vestiu-se com ela (Gn 3, 21), reconheceu ter por natureza, acima de todos, o *privilégio de não considerar mais os animais como seus companheiros na criação, mas como meios e instrumentos abandonados pela natureza ao seu arbítrio*, para usá-los segundo os seus próprios fins. Essa idéia implicava, ainda que de maneira confusa, a proposição oposta: *que ele não podia usar dessa linguagem com relação a um outro homem, mas devia considerá-lo como um igual* participante dos dons da natureza" (p. 200).

Do postulado da razão prática que, segundo Kant, é fundamento da experiência jurídica, surgem duas conseqüências:

1) não pode existir *res nullius* segundo a destinação: e, de fato, se por *res nullius* segundo a destinação entende-se uma coisa que não pode pertencer a ninguém e da qual ninguém pode usufruir, isso contradiz o princípio segundo o qual as coisas externas estão à disposição do homem. Se existisse *res nullius* segundo a destinação, tal significaria que existem partes do mundo externo que o homem não pode usar para os seus próprios fins.

   "É possível que eu tenha como meu um objeto externo qualquer do meu arbítrio, o que significa que uma máxima segundo a qual (no caso de possuir força de lei) um objeto do arbítrio deveria estar em si (objetivamente) *sem dono* (*res nullius*) *é contrária ao direito*" (p. 426).

2) existe entre todos os homens passados, presentes e futuros uma *comunidade originária do solo*, que não deve ser confundida com a comunidade privativa (*communio primaeva*), que é uma lenda. (Veja pp. 431, 439, 444.)

"A posse de todos os homens sobre a terra, que precede qualquer ato jurídico da sua vontade (constituído pela própria natureza), é uma *posse comum originária* (*communio possessionis originaria*), cujo conceito não é empírico e não depende das condições de tempo, como o conceito imaginado de forma poética, mas não demonstrado, de uma *posse comum primitiva* (*communio primaeva*), mas é, pelo contrário, um conceito racional prático, que inclui *a priori* o princípio que permite aos homens usufruir, segundo as leis de direito, do lugar que eles têm na Terra" (p. 444).

Dessa forma, somente o pressuposto de que não exista *res nullius* e de que, pelo contrário, exista uma comunidade originária (ideal) de todas as coisas do mundo externo, permite derivar racionalmente o conceito do *meu* e do *teu* externos. De fato, se eu tomasse a coisa de alguém, constituiria somente uma outra ligação entre mim e a coisa. Não daria origem a uma relação entre mim e os outros. Mas, se assim fosse, não poderia considerar-me ofendido se qualquer outro se apoderasse da mesma coisa, porque só pode existir ofensa quando existe antes uma obrigação; mas neste caso ninguém era obrigado com relação a mim, *não o outro*, porque a coisa não era de ninguém, *não a coisa*, porque a coisa não pode obrigar-se. Pelo contrário, se postulamos uma comunidade originária, quando me apodero de uma coisa, pressuponho que todos os outros tenham renunciado a usá-la, pelo fato de não se oporem. Dessa forma, nasce uma obrigação entre mim e os outros e, portanto, uma relação jurídica, motivo pelo qual é lícito dizer que eu tenho aquela coisa como juridicamente minha (e não somente como minha materialmente). Assim Kant se expressa:

"Eu não posso, em nome de uma vontade individual, obrigar outros a se absterem do uso de uma coisa, com

relação à qual eles não teriam inclusive obrigação alguma: eu só posso fazer isso em nome da *vontade coletiva* de todos aqueles que possuem essa coisa de maneira comunitária" (p. 442).

De toda essa impostação deriva uma última conseqüência muito importante: o direito surge do uso das coisas como meio, mas somente *entre as pessoas*. O direito se revela então como a estrutura das regras para o uso recíproco das coisas por parte das pessoas. Se existisse um só homem na Terra, ou se as coisas não pertencessem originariamente a todos, não existiria direito. O direito é o conjunto das regras que permite às pessoas usar as coisas de maneira recíproca. A relação jurídica não se estabelece entre a pessoa e as coisas, mas *exclusivamente entre as pessoas*, visando à utilização das coisas. Kant é perfeitamente consciente dessa conseqüência, à qual chega na tentativa de dar um fundamento racional ao direito subjetivo, e a expressa claramente com estas palavras:

"Não existe (...) falando propriamente e analisando de maneira detida, nenhum direito (imediato) sobre uma coisa, mas somente se chama assim o *direito de alguém com relação a uma outra pessoa*, que está com todas as outras (no estado civil) em comunidade de posse" (pp. 442-443).

6

A Propriedade

Entrando agora na análise específica dos institutos do direito privado, não iremos dar uma exposição completa. Escolhemos alguns assuntos que acreditamos ser mais interessantes. Com relação aos direitos reais, consideramos a teoria da *propriedade*; com relação aos direitos pessoais, a teoria do *contrato*; com relação aos direitos pessoais de natureza real, a teoria do *casamento*. Iremos finalmente concluir esta parte com um parágrafo sobre as *formas anômalas de aquisição*.

O problema do fundamento da propriedade foi longamente discutido pelos teóricos do direito natural. Todas as teorias podem ser divididas em dois grandes grupos: aquelas que afirmam que a propriedade é um direito natural, ou seja, um direito que nasce no estado de natureza, antes e independentemente do surgimento do Estado, e aquelas que negam o direito de propriedade como direito natural e, portanto, sustentam que o direito de propriedade nasce somente como conseqüência da constituição do estado civil.

Favoráveis a essa segunda solução são Hobbes e Rousseau, os quais, em conformidade às suas próprias premissas, segundo as quais o estado civil representa uma transformação radical das relações humanas com relação ao estado de natureza, declaram que a propriedade individual, como direito de usufruir e de dispor das coisas com exclusão de qualquer outro, realiza-se somente no âmbito da constituição estatal e, portanto, é um direito positivo. O pensamento de Hobbes é expresso de maneira inequívoca neste trecho do *De cive*:

> "Porque (...) antes da constituição de um Estado *todas as coisas estão em situação comunitária*, e não há nada que alguém possa dizer ser seu sem que um outro possa dizer, com o mesmo direito, a mesma coisa (*quando tudo é comum, nada é propriedade dos indivíduos singulares*), deriva de que o *conceito de propriedade surgiu por meio da constituição do Estado*; e se afirma que é propriedade de alguém aquilo que ele pode deter para si, segundo as leis e em virtude da autoridade do Estado, ou seja, em virtude da vontade de quem detém a soberania" (VI, 15).

Com relação ao pensamento de Rousseau, existe um trecho famoso de *O contrato social* que não deixa dúvidas:

> "O que o homem perde, através do contrato social, é a sua liberdade natural e um direito sem limites a tudo aquilo que o tenta e que ele pode obter: o que ganha é a liberdade civil e *a propriedade de tudo* aquilo que possui. Para não se enganar nessas compensações, precisa distinguir bem a liberdade natural, que não tem outros limites a não ser as forças do indivíduo, da liberdade civil, que é limitada pela vontade geral, e a posse, que não é outra coisa senão o efeito da força ou o direito do primeiro ocupante *da propriedade que não pode ser fundamentada a não ser num título positivo*" (cap. VIII).

Os outros jusnaturalistas, aqueles que haviam sustentado ser o direito de propriedade um direito natural, precisaram superar uma grande dificuldade. Como é possível ler no trecho de Hobbes, acima mencionado, antes do surgimento do Estado todas as coisas estavam numa situação comunitária. De fato essa era a *communis opinio* dos jusnaturalistas. No estado de natureza originária não existia propriedade individual; de in-

dividual existia somente o uso das coisas. A totalidade das coisas constituía, ou uma *res communis*, ou uma *res nullius*. Mas, em ambos os casos, a propriedade não era conhecida no estado originário da humanidade. Tratava-se então de saber em quais circunstâncias e por quais motivos acontecera a passagem do estado primitivo sem propriedade para o estado sucessivo com a propriedade. A resposta mais fácil foi exatamente a dada por Hobbes: a propriedade nasceu somente através da constituição do Estado, ou seja, era um direito positivo. Aqueles que seguiam o outro caminho, o de afirmar que a propriedade era um direito natural, deviam demonstrar que esta, ainda que não originária, tinha de fato surgido antes do Estado. E era sem dúvida o caminho mais difícil. Nessa segunda direção, as soluções típicas são duas.

A solução mais comum foi a do contratualismo. Sustentou-se então que os homens passaram da comunidade primitiva para o estado de propriedade, através de convenções recíprocas com as quais cada um afirmava a própria soberania sobre uma coisa, excluindo os outros, que prometiam respeito com relação a isso. Chegou-se assim a criar uma categoria jurídica intermediária entre o direito natural propriamente dito e o direito positivo; categoria intermediária que foi chamada de direito natural *secundário* ou *derivado*, e que por sua origem foi também chamado de *direito natural convencional*. Para os que sustentavam essa doutrina, o direito de propriedade era um instituto do direito natural convencional, ou, como também foi dito, *hipotético*. Um exemplo característico dessa doutrina pode ser encontrado na obra de Puffendorf, o qual, partindo da idéia de que originariamente os homens viviam num estado de *comunhão negativa*, afirmou que a lei natural não tinha determinado que considerassem as coisas como propriedade, mas somente tinha inspirado os homens a introduzir uma divisão de bens através de convenções, e que, portanto, o fundamento da propriedade privada era o *contrato*.

"A propriedade das coisas é *derivada imediatamente de uma convenção tácita ou expressa dos homens*. Ainda que, uma vez colocada a concessão inicial divina, o homem fosse livre para ocupar todos os bens deste mundo, todavia *foi necessária uma convenção*, para que a ocupação ou a tomada de posse de uma coisa excluísse qualquer direito dos outros sobre a mesma coisa."[13]

A segunda e mais original solução dada ao problema do fundamento da propriedade como direito natural foi a de Locke, já mencionada no capítulo 11 da parte I: segundo Locke, o que fez o homem passar da comunidade primitiva para a propriedade individual foi o trabalho. O título de aquisição da propriedade não é o contrato, ou seja, uma relação jurídica entre dois ou mais indivíduos, mas um fato unilateral e verdadeiramente natural, assim como é o trabalho. É por meio do próprio trabalho que o homem usufrui da terra, cultiva-a, deixa-a fértil e frutífera, numa palavra, lhe confere *valor*. É justo, portanto, que quem trabalhe uma determinada porção da terra comum adquira o direito de usufruir dela com todos os benefícios relacionados, excluindo os outros do usufruto, o que de fato constitui a propriedade.

Entre os dois grupos de teorias extremas, ou seja, entre aqueles que consideram a propriedade como um direito positivo e aqueles que consideram como um direito natural, Kant mantém uma posição intermediária. Sustenta que a propriedade é um direito natural, isto é, que a aquisição jurídica de uma coisa se dá independentemente do Estado; mas sustenta, por outro lado, em conformidade à distinção já ilustrada entre direito privado e direito público, que a aquisição de uma coisa própria, no estado de natureza, é meramente *provisória*, e somente após a constituição do Estado torna-se *peremptória*. Com relação à passagem do estado de comunidade originária (que, como vimos, Kant também aceita) para a propriedade individual, Kant

não aceita nem a teoria do contrato nem a do trabalho, mas volta à teoria tradicional, que considerava a *ocupação* como título de aquisição originária da propriedade. Leia-se com relação a isso o item 14 inteiro (pp. 444-445), intitulado por sinal: *O ato jurídico da aquisição originária é a ocupação*. E do qual aqui apresento a proposição central:

> "A aquisição de um objeto que se encontra fora do arbítrio, *por meio de um ato individual da vontade*, é a ocupação. A aquisição originária, portanto, desse objeto, e conseqüentemente também de um determinado solo, só pode acontecer por meio da ocupação (*occupatio*)."

Os momentos da aquisição originária, ou ocupação, são para Kant três:

1) a *apreensão* do objeto que não pertence atualmente a ninguém;
2) a *declaração* de que eu quero possuir aquela coisa como minha e proibir a sua posse aos outros;
3) a *apropriação*, ou seja, o acordo da minha vontade individual com a vontade externa e universalmente legisladora, segundo a qual todos os outros são obrigados a estar de acordo com o meu arbítrio.

Os primeiros dois momentos constituem os modos da aquisição; o terceiro constitui o verdadeiro título da aquisição (veja p. 449), porque, segundo o que já foi exposto, não é suficiente um ato unilateral de vontade para constituir um título jurídico (qualquer direito resultando sempre de uma relação entre pessoas), mas é necessário pressupor que o meu ato de vontade esteja de acordo com a vontade coletiva originária, que Kant considera como a titular ideal da posse comum originária, em

conformidade à lei universal das ações externas, segundo a qual eu tenho o direito de fazer tudo aquilo que não prejudica os outros. É necessário então que ao meu ato unilateral de vontade, com o qual declaro querer possuir uma certa coisa, corresponda, com base na lei jurídica universal, uma autorização de todos os outros para possuir aquela coisa; e somente esse acordo entre a minha vontade e a coletiva constitui o momento final da ocupação, como título jurídico de aquisição de propriedade. É inútil acrescentar, também com respeito a isso, que a aquisição definitiva existe somente no Estado: enquanto perdurar o estado de natureza, a aquisição, ainda que tenha valor jurídico, é puramente provisória.

Não vou pormenorizar as dificuldades bastante sérias levantadas por essa parte do pensamento jurídico kantiano, que está longe de ser simples, linear e livre de ambigüidades. Ressalto somente que, retomando a doutrina clássica da ocupação como fundamento jurídico da propriedade individual e como explicação da passagem do regime da comunidade originária para o da propriedade individual, Kant demonstrava não querer aceitar nem a do contrato nem a do trabalho. A polêmica contra a teoria do contratualismo não está explícita, mas pode ser desentranhada do texto: o contrato no estado de natureza (assim como um tratado no direito internacional) vale somente entre as partes que o estipularam; motivo pelo qual a teoria do contratualismo da propriedade encontrava-se frente a esta dificuldade: ou admitir que quem tivesse a intenção de tomar algo como próprio obrigasse à abstenção de maneira convencional e indistinta todos os outros indivíduos (não somente presentes, mas também futuros), o que era empiricamente impossível; ou admitir que quem não tivesse entrado na convenção não seria obrigado a respeitá-la, o que destruía a essência mesma da propriedade como *ius erga omnes*. Ao contrato, Kant opunha a ocupação como ato unilateral de vontade, de acordo com o postulado da razão prática (segundo o qual as coisas exter-

nas estão à minha disposição) ou com a lei jurídica universal (segundo a qual os outros devem respeitar a minha posse até quando eu respeitar a dos outros). Em outras palavras, Kant opõe ao contrato entre duas ou mais pessoas um ato unilateral, de acordo com uma autorização universal derivada de princípios racionais.

Explícita é, pelo contrário, a polêmica de Kant contra a doutrina do *trabalho*. Ele volta a ela em dois trechos (pp. 446 e 450), e as argumentações fundamentais que apresenta podem ser assim resumidas:

1) o que importa no direito sobre uma coisa é a posse da *substância* e não dos *acidentes*; na propriedade de terra (que é aquela que Kant tem sempre diante dos olhos), a substância é constituída pelo solo, uma vez que o produto do cultivo é mero acidente;

2) o trabalho é somente um sinal externo da tomada de posse; mas existem outros sinais equivalentes; inclusive os que, como o fato de colocar a cerca, custam menos cansaço e produzem o mesmo resultado;

3) quem trabalha no terreno de outro não adquire com isso um direito de propriedade sobre aquele terreno; e o que aconteceria se o adquirisse? (Efetivamente, a teoria lockiana da propriedade incluía uma carga revolucionária que o próprio Locke não reconheceu);

4) a idéia segundo a qual a propriedade deriva do trabalho fundamenta-se numa personificação ingênua das coisas, motivo pelo qual se imagina que a própria coisa tenha obrigações com relação a quem a trabalha, surgindo, assim, uma relação jurídica entre a pessoa e a coisa, enquanto uma relação jurídica só poderia subsistir entre pessoas.

7

O Contrato

Assim como no âmbito dos direitos reais, o problema mais importante e sobre o qual fizemos mais considerações foi sempre o do *fundamento da propriedade*, no âmbito dos direitos pessoais, um dos problemas mais interessantes é sem dúvida o da *formação do contrato.*

O tema do contrato é central na teoria dos direitos pessoais porque, segundo Kant, da mesma forma que minha aquisição de um direito real se dá por um fato unilateral independente de mim, *facto* (veja-se a teoria da ocupação), assim a aquisição de um direito pessoal só pode acontecer através da ação do outro, ou seja, por meio de um acordo entre a minha vontade e a do outro, ou seja, *pacto.* Conquanto seja possível dar-se uma aquisição originária da propriedade, não é possível dar-se aquisição originária de um direito pessoal: a aquisição de um direito pessoal é sempre uma *aquisição derivada.* Qual é a razão filosófica disso? Por direito pessoal Kant entende, como já vimos, a *posse do arbítrio de um outro.* Mas eu não posso adquirir o arbítrio do outro como algo sem dono, porque dessa maneira estaria contra a máxima fundamental que rege a vida do direito, segundo a qual o meu arbítrio deve estar de acordo com o arbítrio do outro segundo uma lei universal. Mas então a aquisição do arbítrio pode acontecer somente através do arbítrio do outro e, portanto, não de maneira originária ou direta, mas de maneira derivada e indireta.

A aquisição de um direito pessoal, de acordo com Kant, também não pode acontecer segundo um *fato injusto do outro*, ou seja, *ex delicto*. Nesse caso, o que se adquire do outro que me injuriou — por exemplo: a restituição do roubo, o ressarcimento do prejuízo — não acrescenta nada àquilo que eu já tinha anteriormente.

Finalmente, se se deve admitir que a aquisição de um direito pessoal é sempre derivada do direito do outro e, portanto, não pode ter origem nem *ex facto* nem *ex delicto*, precisa-se também acrescentar que essa derivação não pode acontecer através de um *puro ato negativo* do outro, como o *abandono* ou a *renúncia*. E isso porque, no caso de abandono ou de renúncia, a coisa cessa de pertencer ao outro, mas nem por isso se torna minha. Torna-se minha somente se eu realizo um ato relevante para adquiri-la. Mas nesse caso o que acontecerá é uma aquisição originária e não derivada.

O ato pelo qual se realiza a aquisição de um direito pessoal é chamado por Kant de *transmissão* (*Uebertragung*), que o caracteriza desta maneira:

> "A transmissão é possível somente por meio de uma *vontade comum*, através da qual o objeto está sempre em poder de um ou de outro: assim, quando um renuncia à sua parte dessa comunidade, o outro, aceitando o objeto (mas um ato positivo do seu arbítrio), o deixa como seu" (p. 453).

Kant, como é possível ver, fala de uma *vontade comum* como condição indispensável para o cumprimento de uma aquisição derivada. Isso significa que não são suficientes duas vontades individuais, separadas uma da outra, ainda que convergentes. Mas é necessário, pelo menos num ponto, uma vontade comum. O ato dessa vontade comum de duas pessoas, "por meio do qual geralmente o *seu* passa de um para o *outro*", é o *contrato*. Em outras palavras, Kant explica que a transmissão é um ato no qual um *objeto pertence por um momento a duas pessoas ao mesmo tempo*. E aduz, para esclarecer esse fenômeno, que a pedra atirada no espaço atua de maneira que, no momento em que chega ao vértice da parábola "pode ser considerada como no ponto de subir e de descer ao mesmo tempo, e assim, sem descontinuidade, passa do movimento ascendente para o descendente" (p. 456).

A dificuldade de conceber o contrato está exatamente na necessidade em que nos encontramos de considerar as vontades que o constituem não como separadas, mas como reunidas num ato *simultâneo*. Se não existe reunião simultânea das vontades, não existe transmissão, nem aquisição derivativa (pode existir renúncia de um lado e aquisição originária do outro). Mas a simultaneidade dos atos empíricos de declaração é impossível, porque esses devem necessariamente se suceder no tempo. Somente podem acontecer sinais exteriores dessa simultaneidade como acontecem nas formalidades que acompanham a estipulação de um contrato (o aperto de mão ou a ruptura de um caule de palha). Frente a essa dificuldade, Kant recorre mais uma vez à dedução racional. Segundo ele, a dificuldade nasce somente se nós colocamos a situação sob um ponto de vista empírico, ou seja, se consideramos o contrato como um fato empírico delimitado no espaço e no tempo. É claro que, empiricamente, a simultaneidade não acontece e, portanto, se deve existir, não pode ser demonstrada empiricamente. A simultaneidade pode ser deduzida somente se abstraímos da experiência e consideramos a dedução racional, ou seja, aquele modo de demonstração que renuncia completamente às condições de espaço e de tempo e que, portanto, não pode ser desmentido pela experiência. Já foi dito que a posse jurídica não é posse física, mas inteligível; e, conseqüentemente, também a relação jurídica entre mim e o outro é uma relação inteligível, ou seja, derivada das condições da

própria validade, não do fato empírico do acordo das vontades, mas da dedução da vontade legisladora universal, em que a minha vontade e a do outro estão inseridas e que, portanto, torna possível sua simultaneidade, se não empírica, pelo menos seguramente ideal.

8

O Casamento

A definição que Kant dá do casamento pareceu por demais crua a muitos críticos, que a censuraram: Hegel chamou-a de "rude e degradante"; Ahrens, de "ofensiva, baixa, indigna"; Binder, de "trivial".[14] Kant parte da definição de *comunidade sexual* (*commercium sexuale*) como "o uso recíproco dos órgãos e das faculdades sexuais de dois indivíduos". Existem duas espécies de comunidade sexual: uma, *contra a natureza* (que deve ser universalmente rejeitada), e outra, *natural*. Por sua vez, a comunidade sexual natural pode ser dividida ainda em dois tipos: o que obedece *à pura natureza animal* e o que está conforme à lei. Este segundo é *o casamento*, que é assim definido:

> "A união de duas pessoas de sexo diferente para a posse recíproca das suas faculdades sexuais durante toda a sua vida" (p. 459).

O casamento é uma instituição pertencente à categoria dos direitos pessoais de natureza real. É bom lembrar que esses direitos estão caracterizados, com relação ao modo de aquisição, pelo fato de que a aquisição acontece não *facto*, nem *pacto*, mas *lege*; com relação à matéria da aquisição pelo fato de que esta não é a coisa nem a prestação de um outro, mas o status de um outro; com relação à categoria que os inclui, pelo fato de que, enquanto os direitos reais representam a categoria da substância e os pessoais, a categoria da causalidade, os di-

reitos pessoais de natureza real representam a categoria da *reciprocidade*. Todos os três elementos constitutivos da categoria dos direitos pessoais de natureza real estão presentes na teoria kantiana do casamento.

O casamento de fato constitui-se por lei: isso significa que para constituir um casamento não é suficiente nem o simples *fato* da coabitação, nem um *acordo* entre duas pessoas para viver juntas, o que levaria a uma relação de concubinato, que pode ser dissolvido pela vontade das partes; mas é necessária a submissão recíproca à lei da humanidade, que, sendo superior às duas partes, é a única a poder garantir a elevação da relação sexual do nível natural e animal para o nível racional, fundando assim a *indissolubilidade*. Segundo Kant, que o casamento tenha que ser indissolúvel para corresponder aos princípios racionais do direito resulta, na definição citada, das palavras 'durante a vida inteira'. E a indissolubilidade não pode ser deduzida, a não ser por uma lei universal, à qual os cônjuges são obrigados como seres racionais que submetem seus apetites aos princípios da razão.

Em segundo lugar, também o casamento obedece ao critério geral colocado por Kant para definir qualquer espécie de relação jurídica, ou seja, ao critério da *posse*. Por isso ele define também o casamento como uma posse. Tratando-se de um instituto do direito pessoal de natureza real, essa posse deve ter como objetivo não uma prestação individual, mas um status, ou seja, um conjunto de prestações derivantes de uma situação determinada, como resulta da definição. Segundo Kant, a prova do fato de que o cônjuge tem com relação ao outro cônjuge um direito de natureza real é dada pelo fato de que, se o outro cônjuge foge ou se entrega à posse de uma outra pessoa, ele tem o direito "em qualquer momento e de forma incontestável de reconduzi-lo ao seu poder *como uma coisa*" (p. 460).

Finalmente, o casamento implica, como resulta também da definição, uma relação *recíproca*: fala-se de fato de 'posse recíproca'. O que significa que essa posse distingue-se de qualquer outra forma de posse, não somente segundo a matéria, mas também segundo o caráter formal da reciprocidade. Esse caráter da reciprocidade é importante, porque impede o casamento de ser uma relação degradante. O raciocínio de Kant pode ser interpretado e desenvolvido dessa maneira: se um cônjuge possuísse o outro sem reciprocidade, o outro seria reduzido a coisa, o que é contrário à lei moral que prescreve respeitar os outros como pessoas; mas, se existe reciprocidade, isso significa que, ao mesmo tempo que o primeiro possui o segundo, o segundo possui o primeiro; e então o segundo, possuindo por sua vez o primeiro, livra-se do seu ser [coisa] e age como pessoa. Seria possível dizer então que cada um dos dois é *coisa enquanto possuída*, mas pessoa enquanto possui. Se somente um fosse o possuidor do outro, existiriam na relação uma pessoa e uma coisa, mas uma vez que ambos, por efeito da reciprocidade da relação, são possuidores, livram-se da sua posição de coisas e, encontrando-se a si mesmos na posse do outro, estabelecem novamente a própria personalidade. Pelo mesmo motivo Kant pensa que a relação conjugal deve ser fundamentada na *igualdade*, tanto das pessoas dos cônjuges quanto dos bens: e disso deduz a iliceidade (entende-se sob o ponto de vista do direito racional) da *poligamia* e a afirmação de que somente o *casamento monogâmico* está em conformidade com a razão.

9

Formas Anômalas de Aquisição

Após haver exposto brevemente os conceitos fundamentais do direito privado, resta-nos somente um breve exame de duas formas, digamos assim, *anômalas*, de aquisição, das quais Kant fala à guisa de apêndice. Essas formas de aquisição podem ser ditas anômalas porque se diferenciam, por diversas razões, daquilo que foi definido como aquisição real, referente às coisas, ao arbítrio ou ao *status* jurídico de um outro. Essas duas formas anômalas de aquisição são chamadas por Kant: uma de *aquisição ideal* e a outra de *aquisição condicionada subjetivamente*.

Da aquisição ideal Kant fala sob o título de seção episódica, quase deixando entender que se trata de algo estranho à matéria, de acidental, de acessório, ou seja, de um episódio com relação àquilo que é, em si, o enredo completo do conto. Kant define assim a aquisição ideal:

> "Eu chamo de ideal a aquisição que não admite causalidade alguma dependente do tempo e que, conseqüentemente, tem como fundamento uma idéia simples da razão pura. Apesar disso, ela é uma aquisição verdadeira e não imaginária, não sendo chamada de real unicamente porque o ato de aquisição não é empírico" (p. 475).

Para entender o que Kant pretende, precisa-se compreender qual é a forma de aquisição à qual ele se contrapõe, falando de aquisição ideal, diferente da normal. Provavelmente ele se contrapõe à que chamou de aquisição derivada, incluída na segunda parte do direito privado, ou seja, nos direitos pessoais: onde se tratava de uma aquisição que derivava do direito de uma outra pessoa, que tinha então como título justificativo um direito de outrem. Existem casos nos quais é possível falar de aquisição sem que seja possível dizer, no sentido próprio da palavra, que *exista um outro*. Trata-se então não mais de uma aquisição que pode ser justificada, não havendo um outro, somente com base numa lei da razão, ou seja, de maneira puramente ideal, porque não tem substância empírica, é vazio de conteúdo, nem emerge de relações observáveis pelos sentidos. Kant dá três exemplos dessa aquisição ideal redutíveis porém a dois, sendo o terceiro muito semelhante ao segundo. Esses dois casos são a *prescrição* e a *sucessão*. No primeiro caso, o sujeito adquire de um outro que ainda não existe; no segundo caso adquire de um outro que não existe mais, ou seja, cessou de existir.

Eis como Kant se exprime, na p. 475:

> "(...) porque o sujeito adquire de um outro, que ou *ainda não existe* (do qual se admite somente a possibilidade de existência), ou que de fato cessa de existir, *que não existe mais*; conseqüentemente, a passagem para a posse é uma simples idéia prática da razão."

Para diferenciar claramente esses dois casos, vamos admitir que, na aquisição real ou normal, o outro seja um sujeito que tem dois atributos fundamentais, a existência física e a existência jurídica. Nos dois casos anômalos de aquisição acontece uma dissociação entre existência física e existência jurídica: na prescrição podemos muito bem admitir a existência física do

outro como verdadeiro titular do direito sobre aquela coisa que eu possuo por longo tempo, mas deve-se excluir a sua existência jurídica, porque ele não faz valer o seu direito, portanto não pode ser considerado sujeito jurídico; no caso da sucessão, inversamente, tem-se a situação contrária, ou seja, adquire-se de um sujeito, o testador, o qual subsiste juridicamente, uma vez que a sua vontade vai além da sua vida física, mas não existe mais fisicamente, por causa da morte. Nesses dois casos, faltando um dos dois atributos do outro sujeito, não é possível falar de uma verdadeira relação entre dois sujeitos, como no caso da aquisição real. Nesse sentido são dois casos anômalos, ainda que inversos na sua anomalia. O nome a eles atribuído de *formas de aquisição ideal* explica-se pelo fato de que em ambos os casos não é possível falar de um encontro real de vontade, faltando algumas das condições pelas quais esse encontro possa acontecer: para justificar a transmissão de um direito de uma pessoa para outra nesses dois casos extraordinários é preciso supor uma *vontade ideal*, independente das condições empíricas de espaço e de tempo nas quais se realiza. Se levássemos em conta as condições empíricas, não seria possível falar de uma verdadeira aquisição.

Sem dúvida, o caso mais importante é o da sucessão ou da herança (à qual é possível reduzir o terceiro caso, que é o direito de deixar uma boa reputação após a morte). O problema da sucessão havia sido tratado longamente pelos jusnaturalistas. Para esses, que buscavam as justificações ideais ou racionais, e não positivas, de um instituto jurídico, o problema da sucessão devia apresentar um interesse particular. Quem se limita a buscar a justificação de um instituto jurídico no direito positivo não fará mais do que buscar uma lei vigente que, por exemplo, autorize os sujeitos dotados de requisitos particulares a fazer testamento: poderá dizer então, se esta lei existe, que o fato de fazer testamento é um ato juridicamente justificado e, portanto, válido. Para quem, ao invés, renuncie ao ordenamento positivo, como faz de fato um jusnaturalista, o problema é buscar não uma justificação positiva e histórica do testamento, mas ideal e racional, ou seja, o fundamento do poder, de um titular de direito, em transmiti-lo não somente durante mas também após a sua vida, quando então, como sujeito físico, não existe mais. Foram três as soluções típicas dadas ao problema do fundamento da sucessão pelos teóricos do direito natural:

1. *Teoria do contratualismo ou do voluntarismo.* O fundamento do poder de fazer testamento reside na vontade do sujeito. A sucessão seria então um instituto de direito natural voluntário. Essa tese é sustentada, por exemplo, por Grotius. O testamento é equiparado a uma verdadeira alienação dos próprios bens e é válido quando relacionado com a vontade do testador. A isso é possível acrescentar, e Grotius o deixa entender, que a sucessão não-testamentária pode estar fundamentada numa presunção de vontade, ou seja, numa vontade tácita. O fundamento pelo qual os filhos herdam do pai, sem que tenha existido um ato explícito de vontade nem um ato de vontade contrária, é a presunção tácita de que o pai seja favorável a tal transmissão.

2. *Teoria do publicismo.* Segundo essa teoria, sustentada por exemplo por Puffendorf, a sucessão testamentária não pode ser justificada de maneira naturalista; o testamento é um instituto de direito público surgido exclusivamente da vontade do Estado, ou seja, de razões de caráter político, que são para um jusnaturalista razões históricas, contingentes, empíricas. Não existe nenhuma razão natural, racional, que justifique a sucessão testamentária: é o Estado que, por motivos de ordem, de segurança, de paz e de garantia da liberdade individual dispôs dessa

maneira. O que leva à conseqüência que se deve admitir o poder testamentário somente se aquele Estado determinado o reconhece.

3. *Teoria naturalista*. Segundo essa teoria, que deriva dos escritos jurídicos de Locke, a sucessão hereditária é uma conseqüência *natural* da propriedade: como vimos, a propriedade, para Locke, é um direito natural que nasce do trabalho. Desse trabalho se origina um patrimônio que tem um valor econômico, que é justo que não permaneça sem titular: esse patrimônio, segundo uma justificação natural e racional, não pode ser destruído; portanto, com a morte do titular não deve voltar à propriedade comum (como aconteceria se não fosse admitida a sucessão), mas é necessário que apareça um novo titular. Mas quem pode ser esse novo titular? Como é possível deduzir da lei natural, que prescreve aos pais educar e alimentar os filhos até o momento em que eles se tornem independentes, que o titular natural do patrimônio familiar deva ser somente aquele que tem direitos naturais com relação ao pai, ou seja, o filho. Sem introduzir nem ato de vontade, nem contrato, nem a intervenção do Estado, Locke tenta explicar o instituto da sucessão como fundamento na própria natureza das relações entre o sujeito e a coisa e entre o sujeito e os seus descendentes.

Dessas três teorias, Kant adota a primeira, ou seja, a teoria do voluntarismo: mas exatamente por isso ele se encontra frente ao obstáculo de explicar como acontece o encontro entre a vontade do testador e a do herdeiro. Quando o testador expressa a sua vontade no testamento, a outra, ou seja, a do herdeiro, não existe ainda; quando existe a vontade desse último, a do primeiro não existe mais. Kant procurou sair dessa dificuldade formulando a hipótese de uma aquisição ideal, anômala,

que acontece independentemente do encontro das vontades, e portanto de um encontro meramente ideal de desejos. O modelo de fusão simultânea das duas vontades, característico da aquisição real, não acontece na sucessão testamentária: não existe e não pode existir a vontade comum, da qual falamos no capítulo 7 desta parte. E portanto a aquisição ideal é justificada unicamente pela razão, e não pela experiência.

O outro caso de aquisição anômala é o que Kant chama de *subjetivamente condicionado*, cuja anomalia é completamente diferente da analisada na sucessão. No primeiro caso, trata-se de um instituto sempre justificável naturalmente, ou seja, independentemente do direito positivo, ainda que não aconteçam todas as condições essenciais dos institutos normais, motivo pelo qual é exato defini-los como anormais. No segundo caso não acontece mais uma oposição no âmbito do direito natural, mas uma *oposição entre direito natural e direito positivo*. Trata-se então de casos que, embora com base na justiça natural devessem ter uma solução determinada, no âmbito do direito positivo encontram uma solução diversa ou antitética. A anomalia consiste, portanto, numa intromissão do direito positivo, que modifica as condições ideais do direito natural. Kant fala de aquisições condicionadas subjetivamente, pois o que determina essa intromissão ou modificação é o ponto de vista subjetivo do juiz que é chamado a decidir. O juiz, segundo certas razões práticas relacionadas com o modo de administrar a justiça, não pode levar em conta todos os elementos do instituto examinado, assim como os prescreve o direito natural, mas precisa introduzir algumas modificações, ou seja, modifica-o subjetivamente. Eis as palavras de Kant:

> "A questão, portanto, não é somente de saber o que é justo em si, ou seja, como cada homem deve julgar por si mesmo, *mas o que é justo frente a um tribunal*, ou seja, o que é de direito" (p. 482).

Kant cita quatro casos de aquisição condicionada subjetivamente, nos quais a justiça *distributiva*, que vige nas relações entre o Estado e os indivíduos, não coincide com a justiça *comutativa*, que vige nas relações privadas de direito natural.

O ideal seria que a justiça distributiva coincidisse com a comutativa, mas isso não é sempre possível (e não por causa de um arbítrio do Estado, mas por necessidade). Os quatro casos são:

> "1. O *contrato de doação (pactum donationis)*; 2. o *contrato de préstito (commodatum)*; 3. a *recuperação ou reivindicação (vindicatio)*; 4. o *juramento (iuramentum)*" (p. 482).

Assinalemos brevemente dois deles. Na *doação*, aquele que doa, segundo o direito natural, sendo o donativo um ato gratuito, não deve manter a própria promessa de maneira coercitiva, ou seja, cumprir a obrigação que assumiu com relação ao donatário: motivo pelo qual a doação não dá origem a uma verdadeira obrigação jurídica (*di ius strictum*) que possa valer por meio da força do Estado. No *direito positivo*, ao invés, aquele que promete doar deve obrigatoriamente cumprir a sua promessa, razão pela qual sem justos motivos não pode revogar a doação. O que leva o legislador positivo a modificar o direito natural é um motivo de segurança na jurisdição. Resta o fato de que a relação de doação no direito positivo é diferente daquela que tem lugar no direito natural.

Dos casos acima mencionados o mais interessante é aquele do *juramento*, com relação ao qual Kant considera duas dúvidas. Segundo ele, o juramento não é um instituto de direito natural por dois motivos:

1) Posso eu ser obrigado a dizer a verdade, a jurar sob ameaça de uma sanção que provém de uma potência externa? Isto é, pode uma força externa me obrigar a dizer externamente o que não quero dizer? Sendo o juramento derivado de uma superstição, pode ser usado como instrumento de justiça?

2) É necessário acreditar em quem jurou?

A primeira perplexidade diz respeito ao dever de quem jura, a segunda diz respeito ao dever da pessoa em vantagem da qual o juramento é feito. Kant, portanto, pensa que não seja possível demonstrar nem um dever natural de jurar nem um dever natural de acreditar num juramento. Mas o juramento é um instituto de direito positivo. O que significa mais uma vez que nem sempre o direito positivo coincide com o direito natural. O direito positivo tem as suas próprias razões, que o direito natural não conhece. Eis como o juramento pode ser justificado pelo juiz:

> "*Mas com relação a um tribunal*, sempre no estado civil, se admitimos que não existe em certos casos nenhum outro meio para conseguir descobrir a verdade a não ser o juramento, deve ser pressuposto que cada um tenha uma religião, para poder usá-la como meio extremo (*in casu necessitatis*) a serviço do procedimento judiciário frente a um tribunal, o qual considera uma tal obrigação espiritual (*tortura spiritualis*) como meio mais rápido e mais correspondente à tendência do homem para a superstição, para descobrir o que está escondido; motivo pelo qual ele pensa estar autorizado a usá-lo" (p. 491).

IV

O Sistema do Direito Público Interno e Externo no Pensamento de Kant

1

A Passagem do Estado de Natureza para o Estado Civil

Qualquer que seja a forma pela qual se entenda o estado de natureza de Kant, seja como estado não-jurídico, seja como estado jurídico (veja o capítulo 2 da parte III), é certo que, sendo um estado provisório, deve levar ao estado civil. Trata-se agora de ver como acontece essa passagem, ou melhor, essa transformação.

Na parte introdutória vimos que as teorias do jusnaturalismo podem dividir-se, segundo a solução dada a esse problema, em dois grandes grupos:

1) a passagem do estado de natureza para o estado civil pode acontecer somente com uma total *eliminação* do primeiro no segundo, razão pela qual, nascendo da completa alienação dos direitos naturais para a autoridade do Estado, é um estado absolutamente novo (Hobbes, Rousseau);

2) a passagem do estado de natureza para o estado civil não admite a eliminação do estado de natureza, mas a sua *conservação*; pelo contrário, o estado civil é aquele estado que deve de fato possibilitar o exercício dos direitos naturais através da organização da coação, motivo pelo qual não é mais um estado completamente novo,

mas é, deve ser, tanto quanto possível, análogo ao estado de natureza, e inclusive é tanto mais perfeito quanto mais numerosos são os direitos naturais que consegue salvaguardar (Locke).

Destas duas posições, a aceita por Kant é seguramente a segunda. O que significa que, entre a posição racional e moderada, Kant opta pela moderada. É inclusive a segunda posição, não a primeira, que é própria à concepção liberal do Estado. E Kant, apesar de algumas influências recebidas de Rousseau, como veremos, permanece substancialmente um escritor liberal, na linha do pensamento liberal que forma a concepção política do Iluminismo, à qual ele se ajusta e da qual é um dos teóricos mais coerentes. De fato, se Kant tivesse aderido à primeira concepção, não teria podido reafirmar, como vimos no capítulo 1 da parte III, a distinção entre o direito privado e o direito público, que perde, ao invés, qualquer valor para Hobbes e Rousseau. O direito privado, segundo Kant, não deve desaparecer no direito público, mas deve usufruir de garantias que não pode ter no estado de natureza. O estado civil nasce não para anular o direito natural, mas para possibilitar seu exercício através da coação. O direito estatal e o natural não estão numa relação de antítese, mas de *integração*. O que muda na passagem não é a substância, mas a *forma*; não é, portanto, o *conteúdo da regra* (o qual somente a razão pode ditar), mas o *modo de fazê-la valer*. E mesmo quando Kant indica como provisório o estado de natureza e como peremptório o estado civil, indica claramente que a modificação, ainda que importante, não é substancial, mas formal. Seria possível dizer que, após a constituição do estado civil, o direito torna-se *formalmente público*, ainda que continue sendo substancialmente privado, ou seja, natural. O Estado não modifica os principais institutos do direito privado que surgiram nas relações entre os indivíduos no estado de natureza, como a

propriedade, o contrato com suas principais espécies, a sucessão. Limita-se a garantir o exercício substituindo a força coletiva e imparcial pela força individual, naturalmente parcial. É possível falar também, segundo essa concepção, de uma verdadeira recepção do direito privado, entendido como direito natural, no direito estatal, e finalmente do direito positivo como *direito natural + coação*.

Com relação a esse ponto, existe um trecho de Kant que não deixa dúvidas. Após ter distinguido o direito privado do público, precisa:

> "Este (ou seja, o direito público) não inclui nada mais ou não inclui outros deveres dos homens entre si a não ser os que podem ser pensados no primeiro (ou seja, no direito privado); *a matéria do direito privado é igual em ambos os casos*. As leis do direito público dizem respeito, portanto, somente *à forma jurídica* de união dos homens entre si (a sua constituição), com relação à qual essas leis devem ser pensadas necessariamente como públicas" (p. 493).

Pode-se citar também um trecho de uma importante carta de Kant dirigida a Heinrich Jung-Stilling (1789), na qual faz uma exposição sintética e muito eficaz da sua teoria jurídica (essa carta está reproduzida na antologia kantiana de Merker citada no "Prefácio"). E começa assim:

> "O princípio essencial supremo da legislação civil é realizar o direito natural dos homens que, no *statu naturali* (ou seja, antes da união civil), é uma mera idéia, ou seja, de submetê-lo a normas gerais públicas acompanhadas por coação adequada, com base nas quais possa ser garantido ou procurado para cada um direito próprio" (p. 195).

No capítulo 2 da parte III vimos que, no estado de natureza, juridicamente provisório, surge, exatamente por causa dessa situação provisória, um direito, por parte do indivíduo, a obrigar os outros a entrar no estado civil. Trata-se de ver, agora, por que surgiu esse direito e, paralelamente, o dever de constituir o estado civil. A tese de Kant é que, sendo o estado de natureza provisório, é um estado que deve necessariamente cessar: em outras palavras, está implícita na sua própria natureza de estado provisório a necessidade da transformação. O fato de querer permanecer num estado provisório, conscientemente da sua reconhecida situação provisória, acabaria levando, ao final, a uma injustiça permanente. Leia-se com relação a isso o trecho da p. 494:

"Na intenção de estar e permanecer nesse estado de liberdade desenfreada, sem nenhuma lei externa, os homens não realizam injustiça alguma uns contra os outros (...); mas em geral eles realizam uma injustiça no nível máximo, no fato de querer estar e permanecer num estado que não é jurídico, no qual então ninguém está seguro do seu contra a prepotência dos outros."

E ainda à p. 498:

"Conseqüentemente, a primeira coisa que devemos admitir, se não queremos renunciar a todo conceito de direito, é a proposição fundamental: *o homem deve sair do estado de natureza*, no qual cada um segue os caprichos da própria fantasia, *e unir-se a todos os outros* (com os quais ele não pode evitar de se encontrar em relação recíproca) submetendo-se a uma coação externa *publicamente legal* (...), ou seja, que cada um *deve*, antes de mais nada, *entrar num estado civil*."

Fica claro, portanto, que para Kant a passagem do estado de natureza para o estado civil é um *dever* para o homem; o que, em outros termos, significa que a constituição do Estado não é nem um capricho nem uma necessidade natural, mas uma exigência moral. Kant chama esse dever de constituir o Estado de *postulado do direito público* e o formula desta maneira:

"Do direito privado no estado natural surge agora o postulado do direito público: *você deve*, com base na relação de coexistência que se estabelece inevitavelmente entre você e os outros homens, *sair do estado de natureza para entrar num estado jurídico*, ou seja, num estado de justiça distributiva" (p. 493).

O conteúdo desse postulado do direito público permite indicar uma clara diferença entre Kant e os outros jusnaturalistas. Vimos que Kant segue Locke no que diz respeito à solução do problema da relação entre direito natural e direito positivo. Mas o distingue de Locke o fato de que, para este último, a passagem do estado de natureza para o estado civil acontece por motivos de utilidade, e portanto segundo um cálculo interessado (o estado de natureza sendo considerado de fato como um estado incômodo e prejudicial), enquanto para Kant essa mesma passagem deve ser realizada para *obedecer a uma lei moral*. Os outros jusnaturalistas evidenciavam especialmente as desvantagens do estado de natureza. Kant, pelo contrário, o considera essencialmente como um estado injusto.

Seria possível ainda discutir se o *dever* de constituir o estado civil tenha que ser considerado como *moral* ou somente como jurídico, ou seja, se é uma ação boa por si mesma, de maneira incondicional, ou uma ação boa para alcançar um fim determinado. Do que é possível derivar dos trechos citados anteriormente, parece que Kant entende esse dever como um

dever moral, que, como tal, decorre de um imperativo categórico. É possível confirmar isso num trecho de uma obra menor, mas muito interessante para os nossos fins e que teremos outras oportunidades de citar: *Sobre o dito comum*... (encontra-se na nossa edição dos escritos kantianos às pp. 237-283):

> "A união de muitos para qualquer fim comum (...) é encontrada em qualquer pacto social: mas *uma união que seja fim em si mesma* (fim que cada um *deve ter*) e que portanto constitua o primeiro *dever incondicional* de qualquer relação externa dos homens em geral (...) é encontrada somente numa sociedade que esteja no estado civil, ou seja, a ponto de constituir-se em um corpo comum. O fim que em tal relação externa é *dever em si*, e é também a suprema *condição formal* (...) *de todos os outros deveres externos*, é o direito dos homens a se constituírem sob o império de *leis públicas coercitivas*, segundo as quais possa ser reconhecido para cada um o seu e cada um possa ser garantido contra qualquer atentado por parte dos outros" (p. 253).

Portanto, o fato de entrar no estado civil para que a própria liberdade possa coexistir com a dos outros, ou seja, para atuar o princípio jurídico fundamental, é um *dever moral*, uma vez que é ação que visa a não satisfazer interesses ou evitar prejuízos, mas alcançar um estado de justiça que suprime o estado de natureza, injusto e imoral. Para esclarecer como o imperativo prescinde de qualquer finalidade externa e em particular da felicidade, pode-se ler ainda o trecho seguinte na p. 254:

> "Mas o conceito de um direito externo em geral deriva inteiramente do conceito de *liberdade* nas relações externas dos homens entre si e não tem nada a ver com o fim que todos os homens têm naturalmente (a busca da felicidade) e com a prescrição dos meios para consegui-lo; de maneira que esse fim último (de felicidade) não deve absolutamente entrar naquela lei como motivo determinante."

E um pouco mais adiante:

> "Com relação à felicidade, porque cada um a identifica com aquilo que deseja, os homens a imaginam de maneira diversa e sua vontade não pode ser reduzida a qualquer princípio comum, e portanto lei externa alguma deve conciliar-se com a liberdade de cada um."

A felicidade, como veremos melhor adiante, é um fim que deve prescindir totalmente da constituição do Estado, porque o que pode estabelecer a vontade comum é pura e simplesmente o fato de que a minha liberdade pode coexistir com a dos outros, e não que cada um seja feliz. Cada indivíduo é o único árbitro da própria felicidade: o Estado não pode obrigar os indivíduos a ser felizes segundo as suas diretrizes, porque a felicidade é coisa individual, que depende da faculdade de desejar de cada um; mas deve simplesmente atuar de maneira que o indivíduo possa realizar a própria felicidade como achar melhor, sem impedimentos externos e no âmbito da liberdade pessoal.

O fato de que o dever de constituir o Estado seja um dever moral não quer dizer que não possa levar também a um dever jurídico. Como já vimos, com relação à distinção entre direito e moral, os deveres jurídicos distinguem-se dos deveres morais não pelo conteúdo, mas pela forma. Quando assumo a responsabilidade de impor um dever moral através da força, sei antecipadamente que aqueles que irão adequar-se à lei, não segundo o respeito ao dever, mas somente porque obrigados, realizarão uma ação que não é mais moral, mas somente legal. Uma vez que no estado natural de injustiça surge um

direito a obrigar os outros a entrar no estado civil, para aqueles que se submetem à minha coerção não porque intimamente convencidos da bondade absoluta da ação, mas somente cedendo frente à força, o dever de entrar no estado civil não é um dever moral, mas somente legal.

2

A Teoria do Contrato Originário

A passagem do estado de natureza para o estado civil acontece, segundo Kant, por meio de um *contrato originário*.

Na aceitação da doutrina do contratualismo, Kant mais uma vez revela as suas ligações com o jusnaturalismo tradicional, uma vez que usa todos os instrumentos conceituais dos jusnaturalistas para a constituição do Estado, ainda que operando uma transavaliação dos mesmos num sistema racional. Kant fala em diferentes oportunidades sobre este *contrato originário*. Sempre no opúsculo citado, na p. 262:

> "Existe, portanto, um *contrato originário*, que é o único no qual pode ser fundamentada uma constituição civil universalmente jurídica entre os homens e constituída uma comunidade."

Para os jusnaturalistas esse contrato era, ou pelo menos tendia a ser, um *fato histórico* acontecido num certo momento da evolução dos homens. Segundo Kant, ao invés, e aqui acontece a transavaliação racional, esse contrato não é um fato histórico, mas é uma *idéia da razão*, um princípio ideal que deve servir para a justificação racional do Estado.

Kant não acredita no mito do contrato social efetivamente estipulado entre os homens para dar origem ao Estado: o contrato originário é para ele pura e simplesmente um ideal do

qual se deve tirar a justificação da passagem do estado de natureza para o estado civil. Na p. 262 encontra-se esse trecho oposto aos jusnaturalistas:

> "Mas esse contrato (chamado *contractus originarius* ou *pactum sociale*), como união de todas as vontades particulares e privadas de um povo numa vontade comum e pública (para os fins de uma legislação simplesmente jurídica), não é necessário pressupô-lo *como um fato* (como tal nem seria possível), como se, para que nos considerássemos ligados a uma constituição civil já estabelecida, fosse necessário primeiro ser demonstrado pela história que um povo (cujos direitos e cujas obrigações nós, como descendentes, teríamos herdado) precisasse *uma vez* ter cumprido realmente um tal ato e precisasse ter deixado para nós testemunho escrito e oral. Esse contrato é, pelo contrário, uma simples *idéia da razão*, mas que tem sem dúvida a sua realidade (própria): ou seja, a sua realidade consiste em obrigar cada legislador a fazer leis *como se estas precisassem derivar da vontade comum de todo um povo* e em considerar cada súdito, uma vez que quer ser cidadão, *como se ele tivesse dado o seu consenso para uma tal vontade*."

Resulta claro desse trecho que o contrato social, para Kant, não é um fato histórico, mas um ideal da razão. Que significa essa transformação da doutrina tradicional? Significa que o Estado não é *de fato* fundamentado no consenso, mas *deve* estar fundamentado no consenso, ainda que de fato tenha se originado da força. Significa, em outras palavras, que o consenso é um ideal a que o Estado deve visar, é uma exigência na qual qualquer Estado deve inspirar-se. Não é um acontecimento empírico, mas um ideal racional que, enquanto tal, *vale* independentemente da experiência.

É antiga a questão se verdadeiramente os jusnaturalistas anteriores a Kant teriam considerado o contrato social como um fato histórico. Essa questão liga-se a uma outra antiga disputa: se os mesmos jusnaturalistas teriam considerado que o estado de natureza existira historicamente.

Pergunta-se: é possível que os jusnaturalistas fossem tão ingênuos em acreditar que o estado de natureza, ou seja, um estado no qual os homens teriam vivido isolados e fora de qualquer lei, tivesse realmente existido? Os jusnaturalistas, para dizer a verdade, não eram tão ingênuos. Tome-se, por exemplo, Hobbes: geralmente se supõe não levar em conta que Hobbes distingue um estado natural puro, ou seja, aquele no qual aconteceria o *bellum omnium contra omnes*, do estado de natureza limitado, ou seja, o estado de natureza que subsiste de maneira limitada com relação a certas relações e a certas situações, como, por exemplo, entre *gentes* numa sociedade primitiva ou entre estados soberanos na comunidade internacional, ou também provisória e acidentalmente entre simples indivíduos que um naufrágio jogue numa ilha deserta. Somente este segundo estado de natureza é de fato um estado histórico. O primeiro, pelo contrário, é um estado puramente imaginário, colocado como uma simples hipótese, que vale para mostrar as conseqüências insuportáveis que aconteceriam se os homens seguissem os instintos naturais. A distinção, somente mencionada por Hobbes, é explicitada por Puffendorf, cujo pensamento é, por outro lado, inspirado pela concepção de Hobbes. Puffendorf escreve que o estado de natureza é *puro* e *absoluto*, quando se refere a todos os homens indiferentemente, ou *limitado* e *restrito*, quando se refere somente a uma certa parte da humanidade. Ele diz muito claramente que "o gênero humano nunca foi *todo unido de uma só vez* no estado natural puro": para acreditar numa tal imaginação, explica, precisaríamos acreditar na mentira de que os homens tivessem surgido da terra separada-

mente, como as rãs, ou tivessem sido germinados de uma semente como os irmãos Cadmei. E conclui:

> "O estado natural nunca existiu, a não ser *moderado ou parcial*, ou seja, no caso em que alguns homens se reuniram num estado civil ou num estado análogo, e continuaram a manter o estado de liberdade natural com relação aos outros."[15]

Esse conceito de que o estado de natureza seja um estado real, mas limitado a certas situações históricas, encontra-se expresso claramente também em Locke:

> "Pergunta-se freqüentemente, para apresentar uma grande objeção: onde estão ou estiveram afinal os homens nesse estado de natureza? A isso pode ser suficiente responder no momento que, porque todos os príncipes e os magistrados de governos independentes no mundo inteiro estão num estado de natureza, é claro que o mundo não foi nem nunca será carente *de um certo número de homens* naquele estado."[16]

Não há dúvida, portanto, de que os jusnaturalistas mais conscientes, quando falavam de um estado de natureza como um estado histórico, não se referiam absolutamente ao hipotético estado de natureza universal, mas àquele que era possível considerar nas relações de um certo *número de homens* entre si.

Menos clara é a solução que os jusnaturalistas davam ao problema da existência histórica do contrato social, através do qual os homens, que viviam no estado de natureza, davam origem ao estado civil. Teoricamente, uma vez excluída a historicidade do estado de natureza dos indivíduos, tem-se a impossibilidade de considerar o contrato social como historicamente acontecido, firmado pelos indivíduos que viviam no estado de natureza. O único autor que considera explicitamente o contrato social como historicamente acontecido é Locke, que, no capítulo VIII do *Segundo tratado*, reputa expressamente aos que sustentavam nunca ter acontecido que homens independentes houvessem realizado uma união entre si numa sociedade civil através do contrato. E os refuta argumentando, em primeiro lugar, que a constituição dos Estados é geralmente tão antiga que não conserva marca alguma da origem; em segundo lugar, que onde foram transmitidas as notícias sobre as origens de um Estado, como na fundação de Roma e de Veneza, não parece duvidoso que a origem da constituição estatal seja de natureza contratual; e finalmente que todos podem observar o exemplo dos novos estados fundados nas colônias (Locke considerava especialmente as colônias inglesas da América do Norte), cuja origem deve-se a um verdadeiro pacto entre os colonos.

Quanto a Rousseau, a interpretação do seu pensamento sobre esse ponto é um pouco mais difícil: sua teoria não é certamente linear como a de Locke. Segundo Gierke, é possível admitir que Rousseau considerasse o contrato social como um fato histórico, mas, diferentemente de Locke, pensava igualmente que até então, ou seja, até o estado atual da humanidade, não houvesse sido realizado em nenhuma sociedade. O estado atual era o estado de corrupção que se seguiu à degeneração do estado de natureza primitivo. A única maneira que via para sair do estado de corrupção era o estabelecimento de uma sociedade fundamentada no contrato, assim como o havia concebido. Como exigência ideal da sociedade humana, o que visa a superar o estado de corrupção, o contrato social é um evento ainda não acontecido, mas que deve acontecer. A dimensão histórica que lhe é própria não é a do passado, mas a do futuro: é, em outras palavras, um evento histórico projetado no futuro da humanidade.

Kant, afirmando que o contrato social é uma idéia pura da razão, opõe-se tanto a Locke quanto a Rousseau contra Locke.

Ele afirma que qualquer Estado que se adapte ao ideal do consenso, ou seja, qualquer Estado no qual emanam dos governantes somente aquelas leis que estão em conformidade com o espírito público, é um Estado que se inspira na idéia do contrato originário, *ainda que* de fato o contrato social não tenha nunca existido; contra Rousseau, ele nega que o consenso esteja na base somente do Estado futuro, que deverá ser instaurado através da efetiva estipulação de um contrato social, mas admite que este é o fundamento possível de qualquer Estado cujos governantes administrem a coisa pública segundo a razão, independentemente do fato de que o consenso dos cidadãos seja expressamente manifestado.

Entende-se que Kant, dessa maneira, transfigurando o contrato social de fato histórico para ideal de razão, acabava eliminando da idéia do contratualismo qualquer força revolucionária. Quando Locke sustentava que o contrato era um fato histórico, essa sua afirmação tinha um significado político bem preciso: significava que, se um Estado de fato não estava firmado em contrato, não devia ser considerado legítimo: em outras palavras, a historicidade do contrato representava um critério empírico para distinguir os estados legítimos dos ilegítimos e, portanto, para estabelecer em que casos se admitiria o direito de resistência. Da mesma forma é possível dizer, com relação à idéia do contratualismo de Rousseau: se de uma indagação histórica resultava que o contrato social, assim como o imaginara, nunca tinha sido realizado (e essa indagação só era possível quando o contrato social fosse admitido como um fato), devia-se deduzir que o estado atual da humanidade precisava ser completamente reformado. Segundo Kant, ao invés, uma vez que o contrato não é um fato histórico, mas uma idéia da razão, era absurda qualquer indagação desenvolvida para saber se uma determinada constituição teria sido realmente fundada num pacto originário ou não; era excluído, portanto, qualquer critério de fato para provar a legitimidade ou não de um Estado

e, conseqüentemente, afastada do povo uma potente arma de crítica e de reforma da constituição. Com respeito a isso existem dois trechos bem explícitos, ligados um ao outro. Vamos ler o primeiro:

> "A origem do poder superior é para o povo, que lhe está submetido do ponto de vista prático, *imperscrutável*, ou seja, o súdito não deve *especular sutilmente sobre essa origem*, como se a considerasse de direito duvidoso com relação à obediência que lhe é devida" (p. 505).

Por que a origem do poder é imperscrutável? Porque o que legitima o poder, segundo Kant, não é absolutamente o fato de derivar ou não de um contrato social estipulado entre todos os cidadãos, mas de estar em conformidade com a idéia pura do contrato originário. Então, é perfeitamente inútil realizar indagações históricas que não levariam a resultado algum. E não é somente inútil, mas também delituoso, como se pode ler no segundo trecho:

> "*É inútil buscar as origens históricas* desse mecanismo, ou seja, é impossível analisar o ponto de partida da sociedade civil (porque os selvagens não estipulam nenhum ato da submissão à lei, e, pelo contrário, a própria natureza desses homens violentos faz crer que eles foram submetidos por meio da força). Mas é *criminoso empreender essa investigação* com a intenção de mudar em seguida, através da força, a constituição existente" (p. 530).

É fácil entender que fatos históricos tinha Kant em mente enquanto escrevia estas palavras: a Revolução Francesa, como veremos, ao mesmo tempo o havia conturbado e deixado cheio de admiração. E no fundo de cada movimento revolucionário existia exatamente essa busca das origens do governo, da qual

os reformadores derivavam argumentações para afirmar a ilegitimidade do poder constituído. Veremos melhor mais adiante que Kant, apesar da sua teoria do Estado liberal, e do Estado de direito, era politicamente um conservador. Uma expressão do seu conservadorismo é, sem dúvida, a teoria do contrato originário como idéia da razão por meio da qual o contrato social é, com efeito, sublimado. Ao mesmo tempo, contudo, em que é elevado do nível histórico para o nível racional, é privado de qualquer eficácia prática como instrumento de luta política. A idealização do contrato social é ao mesmo tempo a sua exaustão. Levando às extremas conseqüências o processo de racionalização da idéia do contratualismo que tinha iniciado com o Iluminismo, Kant o esvazia de qualquer conteúdo positivo e de qualquer força prática. Ele é, pode-se dizer, o último escritor do contratualismo. Depois dele os movimentos políticos mais atuantes abandonarão a idéia do contrato social; pois, seguindo-a, tinham enfrentado as mais duras lutas para a formação do Estado moderno. O contrato social será um dos alvos polêmicos preferidos tanto pelos utilitaristas ingleses, como Bentham, quanto pelos idealistas alemães, como Hegel.

3

O Conteúdo do Contrato Social

Vimos como Kant resolveu o primeiro problema tradicional relativo ao contrato social, ou seja, o problema da sua historicidade. O segundo problema tradicional da teoria do contrato social é o que se refere ao seu conteúdo. Aqui, como já dissemos, os jusnaturalistas tinham se dividido em dois movimentos:

1) de um lado aqueles que consideravam o contrato social como um ato de *total alienação* dos direitos naturais em favor do Estado (Hobbes e Rousseau);

2) de outro lado, aqueles que consideravam o contrato social como um ato de *limitação recíproca* dos direitos naturais, através do qual os indivíduos, vivendo no estado de natureza, sem renunciar aos seus próprios direitos naturais, constituiriam um poder coercitivo capaz de garantir e de assegurar o livre e pacífico exercício desses direitos (Locke).

Do que já foi dito no capítulo 1 desta parte, seria possível deduzir que Kant concebia o conteúdo do contrato originário segundo a maneira de Locke mais do que segundo a de Rousseau. E, pelo contrário, é necessário reconhecer que a fórmula do contrato social em Kant lembra a de Rousseau, e não a de Locke. O trecho mais importante desta matéria é o que se encontra à p. 502 da *Metafísica dos costumes*:

> "O ato por meio do qual o próprio povo se constitui em Estado, ou melhor, a simples idéia desse ato, que só ela já permite conceber a sua legitimidade, é o *contrato originário*, segundo o qual todos (*omnes et singuli*) do povo *deixam a liberdade externa para retomá-la novamente, já como membros de um corpo comum*, ou seja, como membros do povo enquanto Estado (*universi*)."

Se compararmos esse trecho com a doutrina de Rousseau, ilustrada no capítulo 13 da parte I, não poderemos fugir à evidência das semelhanças, até mesmo literais. Rousseau havia afirmado que aquilo que o homem perde com o contrato social é a *liberdade natural*, e o que ganha é a *liberdade civil*. Também para Kant o indivíduo, passando do estado natural para o estado civil, não conserva a liberdade natural, mas a *depõe*, ou seja, a abandona para receber não mais a mesma liberdade garantida pelo poder coercitivo, mas uma nova liberdade, que é exatamente a liberdade civil, discutida no trecho a seguir:

> "Não se pode dizer que o homem no Estado tenha sacrificado a um certo fim *uma parte da sua liberdade externa inata*, mas que *abandonou completamente* a liberdade selvagem e desenfreada para encontrar novamente a sua liberdade, em geral não-diminuída numa dependência legal, ou seja, num estado jurídico, porque *essa dependência surge da sua própria vontade de legislar*."

Vamos analisar a última frase: "Essa dependência surge da sua própria vontade de legislar". Nessa frase está a definição da nova liberdade, ou seja, a liberdade civil contraposta à liberdade natural. Trata-se de uma liberdade que consiste numa dependência. É uma contradição? Não é uma contradição, porque se trata da dependência da vontade coletiva, que é a resultante da vontade dos indivíduos reunidos no corpo político.

Trata-se então da submissão à lei que nós mesmos nos demos: numa palavra, trata-se do conceito de liberdade como *autonomia*, que era, como vimos, o conceito rousseauniano de liberdade. Nunca podemos insistir bastante sobre o fato de que, em filosofia política, opera um duplo conceito de liberdade: de um lado, a liberdade como faculdade de fazer sem ser impedido, a liberdade da teoria liberal; de outro lado, a liberdade como obediência à própria lei, a liberdade da teoria democrática. Com relação ao primeiro conceito, é possível referir-se à definição de Montesquieu, já citada no capítulo 12 da parte I: "A liberdade é o direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem". Com relação ao segundo conceito, lembramos a definição de Rousseau, citada no capítulo 13 da mesma parte: "A liberdade consiste na obediência à lei que prescrevemos para nós". Parece-me claro que no trecho acima citado, Kant, repetindo as palavras de Rousseau, refere-se à segunda, e não à primeira. Como confirmação é possível citar um outro trecho que se encontra na pequena obra *Sobre a paz perpétua*, na qual Kant se pergunta qual é a melhor definição de liberdade jurídica, e, depois de ter eliminado a definição costumeira, segundo a qual 'liberdade jurídica' significa "faculdade de fazer tudo aquilo que se quer sempre, desde que não seja feita injustiça a pessoa alguma" (definição que corresponde ao conceito de liberdade como não-impedimento), enuncia de maneira explícita a definição da liberdade como autonomia com as seguintes palavras:

> "Melhor é definir a minha liberdade externa (ou seja, jurídica) como a faculdade de não obedecer a outras leis externas, a não ser àquelas a que pude dar o meu consenso" (p. 292).

Também essa definição repete, como se pode constatar facilmente, a de Rousseau.

Resta ver como é possível conciliar, em Kant, essa aceitação da liberdade como autonomia com a definição do direito como limite das liberdades externas, na qual o conceito assumido de liberdade, como vimos no capítulo 9 da parte II, corresponde à liberdade como não-impedimento. Na realidade, os dois conceitos de liberdade não são incompatíveis. E não são incompatíveis porque correspondem a dois momentos diversos do desenvolvimento da sociedade. A liberdade como não-impedimento representa o momento da liberdade natural, ou seja, o momento no qual o homem é livre enquanto não é dominado por leis externas e coercitivas. A liberdade como autonomia representa o momento da liberdade política, ou seja, o momento em que o homem tornou-se cidadão e está, portanto, subordinado às leis do Estado, conservando-se livre somente enquanto seja ele próprio o criador das leis às quais deve obedecer. As duas liberdades são tão pouco inconciliáveis que a luta pelo Estado moderno foi empreendida em favor de uma e de outra, e as constituições modernas dos estados democráticos reconheceram as duas, a primeira sob a forma de atribuição dos assim chamados direitos de liberdade (liberdade de imprensa, de pensamento, de associação, de reunião), a segunda sob forma de atribuição dos assim chamados direitos políticos (ou seja, os direitos relativos à participação direta ou indireta do cidadão na formação das leis).

Se é possível fazer uma distinção entre as duas liberdades no pensamento de Kant, essa é uma distinção de valores, no sentido de que a liberdade natural tem um valor final; e de fato, quando dizemos, com Kant, que o Estado tem por fim último o reconhecimento e a promoção da liberdade, fala-se da liberdade como não-impedimento, e não como autonomia. E, pelo contrário, a liberdade política tem um valor instrumental, ou seja, é um meio, um meio político, para a consecução mais segura da primeira liberdade. Em outras palavras: se não é difícil admitir a liberdade individual como um bem em si mesmo,

é pelo menos pouco conveniente atribuir valor do bem em si mesmo à liberdade como autonomia.

Se couber reparo à doutrina de Kant, certamente não é por ter aceito ambos os conceitos de liberdade, mas somente por não ter demonstrado uma consciência clara da distinção e dos diferentes níveis nos quais os dois conceitos atuam. O fato de que Kant tenha reconhecido, segundo a visão de Rousseau, que o Estado deve estar fundamentado na autonomia dos cidadãos, ou seja, em leis exaradas no respeito da vontade daqueles para os quais as leis são feitas, não anula o fato de que o Estado liberal imaginado por ele seja um Estado fundamentado também na conservação da liberdade natural e que inclusive tenha, como veremos, como fim a liberdade, e por 'liberdade' nessa oportunidade entende-se, com efeito, não a liberdade política, que é instrumental, mas a liberdade natural, única a ser valor último da convivência social. Kant não é Rousseau, mas sua maneira de tratar a questão faz pensar, nos trechos em que fala do conteúdo do contrato originário, que teria aceito a teoria de Rousseau, ou seja, a teoria da exclusividade e da plena suficiência da liberdade como autonomia, quando, na realidade, ele se insere na concepção de Rousseau sobre a liberdade, a concepção liberal da liberdade individual, em que atribui ao Estado a tarefa não somente de atuar a autonomia das vontades, mas também de garantir a cada cidadão uma esfera de liberdade como faculdade de agir sem encontrar obstáculos nos outros. Mas porque o fim real a que visa o Estado de Kant é o segundo, a teoria kantiana do Estado pertence ao movimento liberal, e não ao do pensamento democrático.

4

A Concepção Liberal do Estado

Uma concepção do Estado pode se distinguir das outras concepções segundo o fim que põe às atividades dos governantes. Qual é o fim do Estado segundo a concepção liberal? É a *liberdade individual*. Segundo essa concepção, o Estado é tanto mais perfeito quanto mais permite e garante a todos o desenvolvimento da liberdade individual. Dizer que o Estado tem como fim o desenvolvimento da liberdade individual significa também dizer que ele não tem *um fim próprio*, mas que *o seu fim coincide com os fins múltiplos dos indivíduos*. Portanto, sua tarefa não é prescrever fins para cada indivíduo, mas atuar de maneira que cada indivíduo possa alcançar livremente, ou seja, numa situação de liberdade externa garantida, os próprios fins. Ele então deve preocupar-se não tanto em estabelecer o que devem fazer os seus cidadãos, mas garantir uma esfera de liberdade de maneira que, dentro dela, cada um possa, segundo as suas próprias capacidades e talento, perseguir os fins que livremente se propõe. O Estado liberal não se preocupa nem com a salvação da alma, como faria o Estado confessional, nem com a virtude, como faria o Estado ético, nem com o bem-estar econômico, como faria o Estado assistencial, nem em geral com a felicidade dos seus súditos, como faria o Estado inspirado no eudemonismo. O Estado liberal preocupa-se somente com uma coisa: colocar seus próprios cidadãos em condições, através da garantia da liberdade externa, de perseguir, segundo seu próprio pensamento, os fins religiosos, éticos, econômicos, eudemonísticos que melhor correspondem aos seus desejos. Essa concepção de Estado também foi chamada de *negativa*, porque sua característica é de não ter fins próprios e sua tarefa essencial não é a de fazer algo para a felicidade dos seus próprios súditos, mas simplesmente impedir, pela limitação das liberdades externas, que um cidadão não possa alcançar a sua própria felicidade, segundo a sua maneira de ver; ou, em outras palavras, não é de promover o bem-estar geral, mas de remover os obstáculos que se colocam para que cada um alcance o bem-estar individual por suas próprias capacidades e meios. Metaforicamente, essa concepção de Estado foi chamada de *Estado protetor*, o que significa que sua tarefa não é dirigir os súditos para este ou aquele fim, mas unicamente vigiá-los para impedir que, na busca de seus próprios fins, cheguem a conflitos. Mediante uma metáfora mais atual, seria possível comparar o Estado liberal não a um protetor (ou, como também foi dito, a um vigia noturno), mas a um guarda de trânsito com a tarefa não de indicar de forma imperativa aos motoristas qual direção devem seguir, mas unicamente de agir de maneira que, ordenando a circulação, cada um possa alcançar, da melhor maneira e de modo compatível com igual direito dos outros, sua própria meta.

Sobre esse ponto a doutrina de Kant é muito clara, podendo ser considerada como uma das melhores formulações, válidas ainda hoje, da concepção liberal do Estado. E é exatamente pela clareza com a qual Kant expressa esse conceito da liberdade como fim do Estado que seu pensamento político e jurídico merece ser ainda atentamente estudado. Colocando como fim do Estado a liberdade, Kant se opõe à concepção, prevalecente na sua época, que atribuía ao Estado, e por isso ao príncipe, o fim principal de dirigir os súditos para a felicidade, e era a concepção que correspondia ao regime chamado de despotismo (ou absolutismo) iluminado. Kant partia desse pressuposto:

> "Com relação à felicidade, porque cada um a coloca naquilo que deseja, os homens a imaginam de maneiras diversas e sua vontade não pode ser reduzida a um princípio comum e portanto nem a lei externa alguma que deva ser conciliada com a liberdade de cada um" (p. 254).

E uma vez que cada homem coloca a felicidade em bens diferentes, não existe uma regra geral da felicidade. A felicidade é algo de absolutamente pessoal e incomunicável. A pretensão de que o Estado possa deixar felizes os próprios súditos está fundamentada no erro de que possa existir um critério geral para definir a felicidade do gênero humano. Mas, como esse critério único não existe, a pretensão do Estado, segundo o eudemonismo, é absurda. O melhor comentário com relação a esse erro é o seguinte trecho, que considero como um dos trechos-chave para a compreensão do pensamento político de Kant:

> "Com relação à felicidade, *não é possível formular princípio algum válido universalmente para fazer leis*, porque tanto as condições do tempo como também as representações contrastantes e sempre mutáveis daquilo em que uma pessoa coloca a sua felicidade (*e ninguém pode prescrever onde ela deve colocá-la*) *tornam impossível qualquer princípio estável*, e por si mesmo inepto, para ser o princípio de uma legislação. A máxima *salus publica, suprema civitatis lex est* permanece em sua validez imutável e em sua autoridade; mas o bem público, que acima de tudo deve ser levado em consideração, é precisamente a *constituição legal que garante a cada um sua liberdade através da lei*; com isso, continua lícito para ele buscar sua própria felicidade por meio do caminho que lhe parecer melhor, sempre que não viole a liberdade geral em conformidade com a lei e, portanto, o direito dos outros consorciados" (pp. 263-264).

Kant, nesse trecho, coloca o problema da finalidade do Estado perguntando-se: qual é o bem público do Estado, ou seja, a lei suprema frente à qual todas as demais devem ceder? E sua resposta é clara: o bem público, entendido como aquilo que deve ser levado em máxima consideração num Estado, é a *constituição legal*, que garanta a liberdade por meio da lei e, portanto, permita a cada um alcançar, no âmbito dessa liberdade, a felicidade pessoal. E como se isso não bastasse, Kant reforça logo depois o próprio pensamento com esta frase:

> "Se o poder supremo dita leis que visam principalmente à felicidade (o bem-estar dos cidadãos, o incremento demográfico e similares), isso tem lugar não para o fim de instituir uma constituição civil, mas somente como meio para garantir o *estado jurídico*, especialmente contra os inimigos externos do povo" (p. 264).

O que equivale a dizer que a relação entre direito e felicidade é, com relação à doutrina do eudemonismo aqui combatida, *diametralmente oposta*. Na doutrina do eudemonismo o direito é concebido como um meio para garantir a felicidade geral. Para Kant, ao contrário, se a felicidade geral em algum caso pode ser atendida como objetivo do soberano, isso acontece exclusivamente para reforçar a constituição jurídica, ou seja, como fim para o alcance mais realizado do Estado jurídico.

Disso nasce um segundo caráter do Estado kantiano que está estreitamente conexo com o do Estado liberal. Se a função principal do Estado é a constituição jurídica, é bem possível dizer que o Estado kantiano é um Estado de direito. A expressão 'Estado de direito', com a qual os juristas da segunda metade do século passado designaram o Estado constitucional moderno, pode ser entendida de diferentes maneiras, mas dois são os significados principais:

1) 'estado de direito' é o Estado limitado pelo direito, ou seja, o Estado cujo poder é exercido nas formas do direito e com garantias jurídicas preestabelecidas; e, nesta acepção, contrapõe-se ao Estado absoluto;

2) 'estado de direito' é o Estado que tem como função principal e específica a instituição de um Estado jurídico, ou seja, de um Estado no qual, segundo a definição kantiana do direito, cada um possa coexistir com os outros segundo uma lei universal; e, nesta acepção, contrapõe-se ao Estado do eudemonismo.

Parece, então, fora de qualquer dúvida que o conceito que Kant tem do Estado deve corresponder exatamente à segunda acepção do Estado de direito, segundo a qual o Estado não tem uma ideologia própria, seja ela religiosa, moral ou econômica; mas, através da ordem exterior obtida por meio do respeito ao direito, permite, ao grau máximo, a expressão e a atuação dos valores e das ideologias de cada um dos seus membros. Do que foi dito até agora e do conceito que Kant tem do direito, não há dúvida de que a concepção que Kant tem do Estado é jurídica, no sentido de que a característica da atividade do Estado é a atividade jurídica, ou seja, a instituição e a manutenção de um ordenamento jurídico como condição para a coexistência das liberdades externas.

Chegando-se a esse ponto, a passagem para uma terceira qualificação do Estado kantiano não apresenta dificuldade alguma; este, além de *liberal* e *jurídico*, pode também ser dito *formal*. Com esse adjetivo queremos dizer que o Estado, segundo Kant, não deve ter em conta o conteúdo das normas jurídicas, mas o fato de que elas existem como conjunto de preceitos impostos de maneira coercitiva para possibilitar a coexistência dos cidadãos, ou, em outras palavras, ele se preocupa não tanto com *que coisa* devem fazer os cidadãos, mas

como devem fazer, porque a ele importa não tanto aquilo que fazem, mas principalmente o fato de que o que fazem seria feito por eles de maneira que não prejudicasse os outros. É bom lembrar que Kant expressou uma concepção formal do direito, como vimos no capítulo 8 da parte II: com base nessa concepção, o direito regular, não os fins individuais, mas pura e simplesmente as modalidades com as quais esses fins podem ser alcançados. Essa concepção formal do direito está estritamente conexa com a concepção formal do Estado, inclusive esta segunda é um desenvolvimento conseqüente da primeira. Se o direito é a forma das ações, o Estado, uma vez que tem como função o estabelecimento do direito, tem uma função claramente formal.

5

Crítica do Estado Paternalista

Essa concepção liberal, jurídica e formal do Estado, expressa por Kant, tem um alvo polêmico bem preciso: o Estado eudemonístico, ou seja, o Estado que acredita ser sua tarefa dirigir os súditos para a felicidade. Assim como o Estado liberal foi chamado metaforicamente de Estado-protetor, também o Estado segundo o eudemonismo, através de uma metáfora muito bem aplicada, foi chamado de *Estado paterno*. Diferentemente do protetor, que se limita à ordem externa e não intervém nos negócios internos dos próprios protegidos, o pai tem o dever de preocupar-se pela saúde espiritual, moral e material dos filhos e, portanto, deve intervir na formação de sua personalidade a fim de dirigi-la no rumo do bem. A concepção paterna ou paternalista do Estado é muito antiga e foi reafirmada para sustentar a autoridade das monarquias absolutas. Que o monarca servisse de pai para o seu povo era, durante o absolutismo, uma figuração comum. E o pensamento liberal afirmou-se exatamente buscando destruir essa imagem do rei-pai. Deve-se pensar mais uma vez em Locke, o primeiro grande teórico do Estado liberal. Dos seus dois *Tratados sobre o governo*, o primeiro, como é notório, era destinado a refutar um dos representantes mais famosos do absolutismo paternalista, Filmer, o qual, na obra *O patriarca*, identificara a autoridade régia com a autoridade paterna e afirmara que o poder dos reis descendia diretamente do poder dos antigos patriarcas. No *Segundo tratado*, no capítulo VI, intitulado "Sobre o poder paterno", Locke nega que a identificação do poder régio com o poder paterno tenha qualquer fundamento e seus argumentos são ainda hoje muito válidos. O primeiro argumento é este: costuma-se justificar o poder de um único homem sobre uma multidão de súditos por meio da analogia com o poder do pai sobre os filhos; mas essa analogia é falsa, porque o poder do pai não é único, pois é dividido solidariamente com o da mãe; e, na realidade, na família não existe um poder do pai, mas um poder dos pais. O segundo argumento é decisivo: certamente existe um poder dos pais sobre os filhos, mas esse poder deriva exclusivamente do fato de que os filhos, até quando são menores, precisam de ajuda e de direção; quando os filhos saem da menoridade, o poder dos pais cessa. Comparar o poder régio com o poder paterno significa considerar os súditos como menores destinados a permanecer continuamente na menoridade. Entende-se bem que a concepção liberal do Estado, originária das novas classes burguesas que aspiravam à emancipação política, não podia tolerar a representação do rei-pai, que levava consigo a do súdito menor que precisava de tutela. Kant foi muito sensível a esse movimento de emancipação que via representado no Iluminismo, tanto que, num texto menor intitulado *O que é Iluminismo?*, definia o movimento como "a saída do homem do estado de menoridade". Era natural, portanto, que, uma vez iniciada a idade do Iluminismo e saído o homem do estado de menoridade, ele devesse repugnar aos favores do Iluminismo aquela concepção do Estado segundo a qual os súditos eram menores ainda não emancipados.

Não obstante a crítica de Locke, a concepção paternalista do Estado continuou a ser dominante também no século XVIII. O maior escritor político inglês após Locke, lorde Bolingbroke, num pequeno texto intitulado *A idéia de um rei patriota* (1736), em que descreve virtudes e valores do rei-modelo que administra o próprio país com justiça, escreve:

"É assim essencial para o caráter do rei patriota o fato de não favorecer a nenhum partido, mas de governar o seu povo *como um pai comum*, tanto que aquele que tivesse um comportamento diferente deveria abandonar o título."

E pouco mais adiante:

"A verdadeira imagem de um povo livre, governado por um rei patriota, é aquela de uma *família patriarcal*, em que a cabeça e todos os membros estão unidos por um interesse comum e animados por um mesmo espírito."

Tal concepção era dominante na Alemanha, onde príncipes pequenos e grandes nunca tinham sido ameaçados pelo terror da revolução, como aconteceu com os reis ingleses. O maior filósofo alemão antes de Kant, Wilhelm Leibniz, tinha escrito algumas páginas que poderiam ser consideradas como uma espécie de catequese do despotismo iluminado e que vale a pena conhecer, porque é bem evidente sua diferença com relação à atitude de Kant. Estou me referindo a um escrito na juventude, *A justiça como caridade do sábio* (1677-78), onde, num parágrafo intitulado "A regra suprema do direito", Leibniz delineia as tarefas do soberano. Vou citar algumas:

"Em primeiro lugar deve-se agir de maneira que todos os cidadãos estejam, dentro do possível, *satisfeitos e tranqüilos de ânimo* (...) Em segundo lugar deve-se agir de maneira a fazer com que todos os cidadãos sejam *moderados*, isto é, capazes de dominar as paixões (...) Quinto, que sejam *devotos* (...) Nono, que sejam *bonitos de corpo, ágeis e ao mesmo tempo robustos* (...) Décimo, que estejam treinados *para qualquer virtude* da

alma e do corpo (...) Décimo primeiro, que *disponham dos meios necessários à vida*, porque a miséria deixa os homens infelizes e malvados."

Quantas coisas deve fazer esse Estado leibniziano!

Deve ser mestre e sacerdote, empresário econômico e treinador esportivo, moralista, pedagogo, confessor e comerciante. Deve preocupar-se com tudo aquilo que, segundo um liberal, cabe unicamente ao indivíduo. Para um liberal como Kant, é suficiente que o Estado estabeleça as condições segundo as quais cada indivíduo possa perseguir os próprios fins sem prejudicar os outros e sem ser prejudicado por eles: o Estado deve ser o instrutor e o conservador da ordem somente mediante o direito.

Uma vez indicada a diferença entre o Estado de liberdade e Estado paternalista, Kant expressa muito claramente a razão pela qual concorda com o primeiro e condena o segundo. O Estado paternalista, atribuindo-se tarefas que não lhe cabem, acaba inevitavelmente por tornar-se um Estado *despótico*. Leia-se na p. 255:

"Um governo fundado no princípio da benevolência para o povo, como o governo de um pai para os filhos, ou seja, um governo paternalista (*imperium paternale*), no qual os súditos, como *filhos menores* que não podem distinguir o que é útil ou prejudicial, *são obrigados a comportar-se passivamente* para esperar que o chefe do Estado julgue de que maneira eles *devem* ser felizes e a esperar somente da sua bondade que ele o queira, é o pior *despotismo* que se pode imaginar."

A polêmica contra o Estado paternalista é uma idéia constante no pensamento kantiano. É possível encontrá-la repetida em muitos fragmentos da obra póstuma (que ultimamente fo-

ram reproduzidos na antologia kantiana de Merker, citada no prefácio). Transcrevemos alguns deles:

"A essência de qualquer governo consiste no fato de que cada um procure por si a própria felicidade e tenha a liberdade de relacionar-se, para tal fim, com todos os outros. A tarefa do governo não é de tirar dos particulares esse cuidado, mas somente de permiti-lo, porém, segundo a lei da igualdade e sem estabelecer privilégios" (n°s 1447, 1776-1778, p. 200).

"Ou o governo não se assemelha em nada à autoridade paterna, que é a mais ilimitada de todas. O pai deve alimentar o filho e ganhar o pão em seu lugar. Cada súdito pode empreender por si mesmo os próprios interesses, e o povo é um menor somente com relação aos direitos recíprocos e às coisas do Estado. Nesse âmbito, quem governa não é pai, mas representante" (n°s 7749, 1773-1778, p. 205).

De maneira ainda mais incisiva:

"O princípio e a idéia da formação do Estado não é o princípio da felicidade universal, mas da liberdade segundo leis universais" (n°s 7955, 1780-1786, p. 209).

De todos esses trechos ressalta a individuação precisa dos caracteres necessários para definir o Estado paternalista: ele é aquela forma de regime na qual os súditos são considerados como eternos menores, ou seja, não como cidadãos ativos, mas como súditos passivos. Mas o que é ainda mais importante é a conseqüência que Kant deriva dessa individuação: o Estado paternalista é um Estado que só pode desembocar no despotismo. E quando o Estado torna-se despótico, para o súdito que

não quer ser conformista não resta outro caminho senão tornar-se rebelde. Um trecho muito incisivo, quase um resumo esquemático da polêmica kantiana contra o Estado paternalista, encontra-se na p. 268:

"Disso se vê claramente o mal que pode causar na vida do Estado, não menos do que na moral, o *princípio da felicidade* (...), ainda que com a melhor das intenções dos seus sustentadores. O soberano quer fazer feliz o povo segundo a sua visão e torna-se déspota; o povo não quer deixar-se despojar do direito comum a todos os homens à própria felicidade e torna-se rebelde."

Não que a concepção paternalista do Estado desconhecesse a diferença entre governo bom e governo mau; mas essa diferença era feita na própria figura do príncipe-pai. Era bom o governo do príncipe bom; era mau o governo do príncipe mau. E de fato, para indicar o príncipe mau, da metáfora do *pai* passava-se para a do soberano (*despôtes*), ou seja, da representação do Estado como governo de um pai sobre os próprios filhos para a do Estado como governo de um soberano sobre os seus próprios escravos. Mas não existia critério formal algum para a distinção: o tipo de regime era sempre o mesmo. Sua bondade ou maldade era fundamentada exclusivamente nas boas ou más qualidades do príncipe. Kant assume uma posição mais radical: o Estado paternalista é *mau em si mesmo*. Não vale distinção alguma entre príncipe bom ou mau, porque a própria forma de governo na qual o príncipe se apresenta como pai é má. Quem quer sair da má forma de governo deve sair da própria figura do governo paternalista e passar para outra figura, que é do Estado liberal. A distinção entre forma boa e má não passa mais, segundo Kant, através da concepção do Estado paternalista, mas requer a passagem *ad aliud genus*.

6

O Ideal Republicano e a Separação dos Três Poderes

Esse *aliud genus*, ou seja, essa nova forma de governo que permite a introdução de uma distinção qualitativa, e não mais somente quantitativa, entre formas boas e formas más, Kant chama de *república*. Em poucas palavras, é possível dizer que o estado ideal, para Kant, o modelo das formas de governo, é *o Estado republicano*. Mas é preciso estar de acordo sobre o significado que a palavra 'república' assume no pensamento de Kant.

Das formas de governo Kant fala em dois momentos: no pequeno tratado *Sobre a paz perpétua* (p. 294) e na *Metafísica dos costumes* (p. 529). Pensa ele que, para distinguir as formas de governo podem ser adotados dois critérios diferentes de distinção: leva-se em conta ou a *diferença das pessoas* que detêm o poder soberano, ou a *diferença no modo de governar*. Com base no primeiro critério, o Estado é caracterizado por um governo regido por *um*, por *poucos* ou por *todos*, e tem-se assim as três formas tradicionais (conhecidas já na filosofia política grega e estudadas de maneira particular por Aristóteles) da *autocracia*, da *aristocracia* e da *democracia*. Com base no outro critério, os estados se distinguem segundo o fato de que os governantes, sejam eles um, poucos ou muitos, exerçam o poder legal ou arbitrariamente. Neste segundo critério fundamenta-se a distinção entre a *república* e o *despotismo*.

Como se vê, a república não é contraposta, como nas análises comuns, à monarquia, mas ao despotismo. Ela não é, para Kant, uma das formas tradicionais de governo, que se distingue com relação às pessoas, mas representa a forma boa de governo contraposta à má. E, uma vez que as distinções entre autocracia, aristocracia e democracia e entre república e despotismo não coincidem, nada impede que se possa falar de uma república democrática, de uma república aristocrática e também de uma *república monárquica*. Inclusive, é esta última a forma preferida por Kant, correspondente, *grosso modo*, àquela forma de governo que se tornará comum a todos os estados da Europa com a queda das monarquias absolutas, ou seja, a monarquia constitucional. Como é possível ler no seguinte trecho do ensaio *Se o gênero humano estivesse em constante progresso para o melhor*:

> "Portanto, para afastar a guerra, devíamos entrar em tal sociedade, ou seja, na sociedade civil inspirada no ideal da autonomia legislativa, e provisoriamente (porque isso não irá acontecer em breve) *é dever dos monarcas*, ainda que autocráticos, *governar na forma republicana* (não democrática), ou seja, tratar o povo segundo princípios das leis de liberdade (ou seja, aqueles que um povo de madura razão prescreveria), ainda que, literalmente, não seja pedido assentimento a esse povo." (pp. 226-226)

Fique bem claro então que 'república' não significa para Kant 'democracia'. Democracia significa governo de todos; república significa um certo método de exercer o poder (ainda que quem governe daquela maneira seja somente o monarca). Kant, como veremos melhor no parágrafo seguinte, não é um democrata. Contra a democracia ele coloca algumas críticas: diz que ela é, das formas de governo, a que mais está perto do despotismo (p. 294) e, depois, que é a mais complicada de todas (p. 530).

Trata-se agora de ver qual é o método de governo que caracteriza a forma republicana e serve para distinguir um governo republicano de outro despótico. Com relação a isso me parece que o trecho mais relevante seja o da p. 294, onde se lê:

"O regime republicano aplica o *princípio político da separação do poder executivo* (governo) *do poder legislativo*; o despotismo é a execução arbitrária das leis que o Estado deu a si mesmo; nele, a vontade pública é substituída pela vontade particular do soberano."

Parece então que, para Kant, o que distingue um governo despótico de um governo não-despótico é a *separação dos poderes*. Isso é muito importante. Vimos que o Estado liberal moderno afirmou-se inclusive introduzindo a técnica da separação dos poderes como remédio contra o arbítrio de quem detém a autoridade suprema no Estado, para proteger o indivíduo contra os eventuais abusos dos governantes. Kant, considerando a separação dos poderes como elemento característico do Estado republicano, ou seja, do Estado não-despótico, aceita no seu sistema um outro princípio fundamental da tradição liberal.

Sobre a teoria dos três poderes existem, na *Metafísica dos costumes*, especialmente dois trechos. No primeiro (pp. 499-500) o princípio está enunciado desta forma:

"Cada Estado *contém em si três poderes*, ou seja, a unidade da vontade geral se decompõe em três pessoas (*trias politica*); o *poder soberano* (a soberania), no Legislativo; o *poder executivo*, na pessoa que governa (em conformidade às leis) e o *poder judiciário* (que determina para cada um o seu, segundo a lei), na pessoa do juiz."

Nesse primeiro trecho, Kant limita-se a observar que esses três poderes estão unidos entre si como as três proposições de um silogismo: o poder legislativo é aquele que coloca a premissa maior (ou seja, a norma jurídica geral e abstrata); o poder executivo coloca a premissa menor (ou seja, o preceito concreto de comportar-se segundo a norma geral); o poder judiciário deriva a conclusão no sentido de que decide o que é direito no caso controvertido.

No segundo trecho (pp. 502-503), Kant explicita seu pensamento com relação à ligação entre os três poderes. Ele vê essa ligação como uma relação complicada, que poderíamos definir como *distinção na unidade*. E, de fato, ele diz que esses poderes são em primeiro lugar *coordenados* entre si, no sentido de que um é a complementação necessária dos outros para a perfeição da constituição do Estado; em segundo lugar, *subordinados*, no sentido de que nenhum pode usurpar as funções dos outros dois; em terceiro lugar, unidos, no sentido de que somente por meio da síntese das suas funções singulares é dado ao cidadão o que lhe pertence de direito.

Apesar da afirmação da subordinação de um poder ao outro, o fundamento da separação dos três poderes é ainda a *supremacia do poder legislativo* sobre os outros dois poderes: o poder legislativo deve ser superior porque somente ele representa a vontade coletiva. E com essa afirmação a teoria liberal da separação dos poderes desemboca na teoria democrática do Estado fundado no consenso. Também em Kant vemos essa convergência. A conclusão da teoria dos três poderes pode ser analisada onde, tratando do poder legislativo, afirma que esse "pode caber somente à vontade coletiva do povo" (p. 500). E lembra mais uma vez o princípio da liberdade como autonomia, afirmando que um cidadão não pode ser prejudicado por aquilo que ele próprio decidiu em relação a si mesmo. Assim, conclui com uma afirmação solene de princípio democrático, de clara inspiração de Rousseau:

"Somente a vontade concorde e coletiva de todos, quando cada um decide a mesma coisa para todos, e todos a decidem para cada um, *somente a vontade coletiva do povo pode ser legisladora.*"

7

A Teoria dos Direitos Políticos

Não é necessário deixar-se enganar pelas declarações de princípio sobre a vontade geral, como único titular do poder legisferante, e atribuir a Kant um pensamento democrático, mais avançado do que ele na realidade possuía. Como já dissemos, Kant era, em política, um conservador, e aquilo que teremos ainda oportunidade de dizer neste parágrafo e no seguinte dará disso uma demonstração suficiente. É necessário saber ver a diferença entre a sua teoria política (que é a que nos interessa) e a sua atitude política, que se reflete quando se passa dos princípios às aplicações práticas. Uma dessas aplicações é o problema de saber a *quais cidadãos cabem os direitos políticos*. Por 'direito político' entende-se o direito de participar direta ou indiretamente da formação das leis, ou seja, ser eleitores ou eleitos. Em teoria vimos que Kant fala de uma vontade coletiva, que é, por definição, resultante da vontade de todos os cidadãos. Mas todos os cidadãos têm de fato o direito de participar da formação dessa vontade? Recorde-se a disputa que provocaram os Niveladores sobre a questão de considerar eleitores todos os cidadãos ou somente os proprietários. Os Niveladores tinham sido precursores. No tempo de Kant a disputa não estava absolutamente resolvida em favor da tese dos Niveladores. Quando Bertham, dez anos após Kant, sustentou a teoria da extensão do sufrágio, sua voz pareceu ainda isolada, e os teóricos liberais da Restauração, como Benjamin

Constant, continuaram a defender a tese da limitação do sufrágio unicamente aos proprietários. Se dermos uma olhada nas discussões que se travaram exatamente nos anos em que Kant se preocupava com esses problemas, nas várias assembléias francesas, quanto ao direito de voto, constataremos que os termos da discussão não eram muito diferentes daqueles da época dos *Debates de Putney*. Na Assembléia Nacional, por exemplo, durante a discussão do projeto da Constituição, apesar da crítica liderada por Robespierre contra as restrições do sufrágio, com palavras que lembram as recriminações análogas do coronel Rainsborough: "Se, quem paga somente um imposto equivalente a uma jornada de trabalho tem menos direito do que o que paga o valor de três jornadas de trabalho, quem paga dez jornadas tem direito maior do que aquele cujo imposto equivale somente ao valor de três, motivo pelo qual quem tem cem mil liras de renda tem um direito cem vezes superior àquele que tem somente cem liras de renda".[18]

O artigo, como foi aprovado e se lê na Constituição de 1791 (trata-se do art. 2, seção II, cap. I, tít. III), inclui duas limitações ao direito ao voto com relação à propriedade, porque, para ser cidadão ativo, pede-se, além dos outros requisitos, o pagamento "de uma contribuição direta pelo menos igual ao valor de três jornadas de trabalho" e de não estar "num estado de domesticidade, ou seja, de servidor assalariado".

Para Kant, a vontade coletiva é a vontade de todos os cidadãos. Mas todos os indivíduos que vivem e trabalham no âmbito de um Estado são cidadãos, no sentido pleno da palavra? Os atributos do cidadão, para Kant, são três: *liberdade, igualdade, independência*. O que significa que, para ser cidadão, é preciso ser livre, igual a todos os outros e independente.

Por *liberdade* Kant entende aqui o direito de poder expressar a própria personalidade, não sendo impedido pelos outros, no sentido já muitas vezes ilustrado, quando por liberdade entende-se o fim supremo do Estado de direito em oposição ao Estado

paternalista. E inclusive esse conceito é apresentado por meio da seguinte máxima, que nos leva novamente àquilo que dissemos sobre a finalidade do Estado. Ser livre significa que:

> "Ninguém pode me obrigar a ser feliz à sua maneira (...), mas cada um pode buscar a felicidade segundo o caminho que parece bom para ele, sempre que não prejudique a liberdade dos outros de visar à mesma meta, de forma que sua liberdade possa coexistir com a liberdade de qualquer outro segundo uma possível lei universal" (p. 255).

Uma vez entendida a liberdade dessa maneira, ela pertence a todos indistintamente: com relação à liberdade, não existem cidadãos e não-cidadãos, mas todos os sujeitos de um Estado devem ser igualmente livres.

Por *igualdade* Kant entende a assim chamada igualdade formal, ou seja, a igualdade frente à lei. O fato de que os cidadãos devem ser iguais não significa que devem ser iguais na quantidade e no grau das suas posses, mas somente que têm uma pretensão igual de fazer valer os próprios direitos (quaisquer que sejam esses direitos), dirigindo-se ao poder coercitivo do Estado para receber tutela. Assim se expressa Kant:

> "Com relação ao direito (...) eles [os cidadãos] são, como súditos, *todos iguais entre si*, porque ninguém pode exercer coação, a não ser em virtude da lei pública (e por meio do executor dela, o soberano); mas, com base nessa mesma lei pública, também qualquer outro pode resistir contra ele de igual maneira" (p. 256).

Também com relação à igualdade, Kant não faz distinções entre os cidadãos: o atributo da igualdade, exatamente porque se trata somente de igualdade formal, cabe a todos. Mas já a igualdade formal era uma grande conquista civil com relação

ao estado de privilégio que tinha caracterizado o regime feudal. Desse princípio da igualdade formal Kant deriva duas conseqüências importantes, que também são elementos constitutivos da concepção liberal. A primeira conseqüência é que deve ser abolida a hereditariedade da posição social, de maneira que os indivíduos, no momento do nascimento, encontrem-se numa situação de igualdade. A segunda conseqüência é que deve ser reconhecido a cada um o direito de chegar àquele nível de posição social "ao qual podem elevá-lo o seu talento, a sua operosidade e a sua fortuna" (p. 251). Eis uma expressão feliz de Kant sobre essa matéria:

> "O homem pode considerar-se feliz em qualquer condição social sempre que seja consciente de que deve somente a si mesmo (à sua atividade, à sua vontade) ou a circunstâncias não-imputáveis a pessoa alguma, e não a uma vontade irresistível de outro, se ele não se encontra no mesmo nível social dos outros, os quais, súditos como ele, não têm privilégio algum no que diz respeito ao direito" (p. 258).

Se distinguimos quatro critérios fundamentais da justiça distributiva: "A cada um segundo o próprio *status*"; "A cada um segundo o próprio *mérito*"; "A cada um segundo o próprio *trabalho*"; "A cada um segundo a própria *necessidade*"; e consideramos o primeiro como característica de uma concepção feudal, o segundo, de uma concepção liberal-burguesa, o terceiro, de uma concepção socialista, o quarto, da concepção comunista, podemos ver claramente que Kant, criticando o critério do status e aceitando o do mérito, também nesse ponto é intérprete genuíno da concepção liberal-burguesa da sociedade e das relações de convivência.

Finalmente, Kant entende por *independência* "dever a própria existência e conservação somente ao próprio direito e à

própria força como membro do Estado, e não ao arbítrio de um outro"; em palavras simples: a independência é econômica. Exatamente aqui, com relação ao atributo da independência, Kant introduz uma discriminação entre cidadãos e não-cidadãos. Uma vez que a liberdade e a igualdade são, ou pelo menos deveriam ser, de todos, a independência pertence somente a *uma parte* dos sujeitos. Quem são os cidadãos independentes? Aqueles que executam um trabalho sob o comando de um outro e recebem um salário. Kant recorre à distinção tradicional entre *locatio operis* e *locatio operum*, que corresponde, *grosso modo*, àquela que é feita agora entre *contrato de obra* (no qual o objeto do contrato é o resultado de um certo trabalho) e *contrato de trabalho* (no qual o objeto do contrato é uma certa quantidade de energia de trabalho).

Cidadãos dependentes são aqueles que estão ligados por meio da segunda, e não da primeira relação, ou seja, os *operarii* (operários, trabalhadores assalariados), e não os *artífices* (artesãos, trabalhadores autônomos). O atributo da independência é muito importante, porque se torna no pensamento político de Kant o critério com base no qual os verdadeiros cidadãos são discriminados pelos não-cidadãos. E de fato somente aqueles que usufruem da independência devem ter, segundo Kant, os direitos políticos. Ele de fato exemplifica assim:

> "O doméstico, o trabalhador na loja, quem trabalha segundo a jornada, o próprio cabeleireiro, devem ser qualificados somente como *operarii*, não como *artífices* (no sentido mais amplo da palavra), e, *portanto, não são membros do Estado nem cidadãos*" (p. 260).

E alhures:

> "O trabalhador empregado numa loja ou numa fábrica; o servidor (não aquele que está a serviço do Esta-

do); o pupilo (*naturaliter vel civiliter*), todas as mulheres e em geral todos aqueles que na conservação da própria existência (na manutenção e na proteção) não dependem do próprio impulso, mas dos comandos dos outros (fora do comando do Estado), *carecem de personalidade civil* e sua *existência* é de certa forma, somente *inerência*" (p. 501).

Essa doutrina de Kant sobre a limitação dos direitos políticos somente refletia, como já vimos, as idéias da época. E por isso não devemos considerar escandaloso, mas somente ser conscientes da importância do problema aparentemente secundário. Para esse fim é suficiente refletir sobre o fato de que os que eram excluídos da participação ativa do Estado constituíam uma classe inteira de cidadãos, que, no século seguinte, seria chamada de o '*quarto Estado*' e constituiria como 'proletariado' o centro dos partidos socialistas que atacariam o Estado liberal-burguês.

8

A Teoria da Obrigação Política

Mais do que na teoria dos direitos políticos, Kant revela seu conservadorismo — resultante de ligações à tradição, de lealdade ao príncipe e de prudência civil — na teoria da obrigação política. Por outro lado, também nessa dimensão, nunca renuncia à sua inspiração liberal básica. No capítulo 5 da parte I apresentamos as principais doutrinas relativas à obrigação política. Aqui podemos agrupá-las de maneira sintética em três categorias principais:

1) as leis são sempre justas e, portanto, é preciso obedecê-las (Hobbes);
2) as leis podem ser injustas e, portanto, surge, no caso de uma lei injusta, o direito de resistência (Locke);
3) as leis podem ser injustas, mas, *apesar disso*, é preciso obedecê-las.

A posição de Kant corresponde, sem possibilidade de equívocos, à terceira categoria.

Já no escrito muitas vezes citado *Sobre o dito comum*, Kant afirmava claramente:

"Qualquer *resistência* contra o supremo poder legislativo, qualquer rebelião destinada a traduzir em ato a

insatisfação dos súditos, qualquer tumulto que dá início à rebelião *é o delito maior e mais execrável* que pode ser realizado em um Estado e o que destrói seus fundamentos" (p. 265).

E explicava que essa proibição é *absoluta* no sentido de que vale de qualquer forma, também no caso em que o poder atue injustamente, ou seja, no caso de governo tirânico. E na *Metafísica dos costumes* reafirma:

> "Contra o supremo legislador do Estado não pode existir, portanto, *nenhuma oposição legítima por parte do povo*: porque somente graças à submissão de todos à sua vontade universalmente legisladora é possível um Estado jurídico; não se pode então admitir direito algum de *insurreição* (*seditio*), menos ainda de *rebelião* (*rebelio*), e menos ainda de *atentados* contra ele como indivíduo (como monarca) *sob o pretexto de abuso de poder*, na sua pessoa ou na sua vida (*monarchomachismus sub specie tyrannicidii*)" (p. 507).

E pouco mais adiante especifica que o povo tem o dever de suportar o abuso de poder "até quando for dado como insuportável". A invectiva dirigida por Kant contra as teorias extremas do jusnaturalismo, da resistência e do tiranicídio é evidente; e não há nada a acrescentar, já que é bastante explícita. Igualmente clara é sua adesão ao princípio da *obediência ativa*. Queremos sublinhar somente que aqui aparecem com plena evidência as conseqüências da negação do contrato social como fato histórico: se o contrato social não é fato histórico, o povo não tem possibilidade de aceitar esse fato e, portanto, de decidir se o poder do soberano que atualmente o rege seja exercido em conformidade ou não ao pacto. A constituição legal é algo dado: e por isso "é um dever obedecer ao poder

legislativo atualmente existente, *qualquer que possa ser a sua origem*" (p. 506). Qualquer atentado contra a constituição é injusto. E não é por acaso que Kant explica que o fundamento do dever de obediência consiste nisto:

> "Que a oposição à legislação soberana nunca deve ser considerada como contrária à lei, *mas como algo que destrói toda a constituição civil*" (p. 507).

Quais são os motivos por que se deve obedecer de qualquer maneira à lei? Das páginas de Kant podem ser derivados dois motivos principais. O primeiro pode ser formulado assim: se uma constituição admitisse o princípio da resistência, o legislador não seria mais soberano, e o *princípio da soberania* seria destruído. O que é de fato a soberania a não ser a *potestas superiorem non recognoscens*? Admitindo o direito de resistência acabaríamos admitindo que o povo tem o direito de julgar o soberano e que, portanto, este não o é mais, e o povo é, ao mesmo tempo, súdito e soberano, o que é contraditório. O segundo motivo assume a forma seguinte: a questão de admitirmos ou não o direito de resistência surge quando acontece um conflito entre soberano e súditos; mas atribuir ao súdito o direito de resistência significa atribuir a uma das duas partes o direito de decidir o conflito, ou seja, atribuir ao povo *o direito de ser juiz em causa própria*, o que é contrário a qualquer constituição civil. Seria fácil objetar que o mesmo motivo vale para o soberano e que, se não é permitido aos súditos serem juízes em causa própria, tampouco deveria ser permitido ao soberano. Mas o soberano, segundo Kant, encontra-se numa posição jurídica privilegiada, porque não está, em confronto com os súditos, numa relação de reciprocidade de direitos e deveres, mas tem, com relação a eles, somente direitos, e não deveres, o que significa que tem o poder de obrigar os outros (o chamado poder coercitivo), mas nenhum

outro tem o direito de coagi-lo. Isso leva Kant a negar a possibilidade de *limites* ao poder soberano, o que conforma o estrito nexo, sobre o qual insistimos na parte I, entre teoria dos limites do poder e direito de resistência.

Essa atitude de Kant frente ao problema da obrigação política reflete-se no julgamento que ele formula sobre o episódio mais clamoroso da Revolução Francesa: a morte de Luís XVI.

Digamos logo que Kant é contrário por princípio às revoluções e acredita que o progresso real será obtido não através das sublevações catastróficas, mas através de reformas graduais. Entre os diferentes trechos que poderiam ser citados com relação a isso, vamos escolher dois extremamente explícitos. Na *Metafísica dos costumes*:

> "Uma mudança na constituição (defeituosa) do Estado, que pode muito bem ser às vezes necessária, *pode* (...) *ser executada somente pelo soberano, mesmo por meio de reformas*, mas não pelo povo e, *portanto, não por uma revolução*, e, se essa revolução de fato tem lugar, ela pode afetar somente o poder executivo, e não o poder legislativo; mas uma mudança do poder executivo, permanecendo firme o legislativo, não é mais, no sentido técnico e rigoroso da palavra, uma revolução, mas uma mudança de governo, simplesmente um golpe de Estado" (p. 510).

No ensaio *O que é o Iluminismo?*:

> "Talvez uma revolução possa muito bem determinar a queda de um despotismo pessoal e acabar com uma opressão ávida de ganância ou de poder, mas não *provocará nunca uma verdadeira reforma do modo de pensar*: novos preconceitos servirão, como os velhos, para dirigir a grande massa dos que não pensam" (p. 142).

Com relação à Revolução Francesa, a atitude de Kant é, ao mesmo tempo, de atração e repulsão, de entusiasmo pela grandiosidade dos eventos e de pavor pelo desencadeamento das paixões. Num dos escritos menores já lembrados, *Se o gênero humano estivesse em constante progresso para o melhor* (1798), o último dos textos comentados por nós, Kant acredita que, para responder afirmativamente à pergunta colocada no título, é preciso indicar um acontecimento que possa ser considerado como sinal da *tendência moral* da humanidade e, portanto, revelador da única causa que pode determinar o progresso da humanidade para o melhor. E ele acredita poder indicar esse acontecimento na Revolução Francesa, apesar dos seus horrores, mais precisamente no entusiasmo que esse acontecimento extraordinário provocou no ânimo da opinião culta da Europa. E escreve palavras de elogio que merecem ser lembradas:

> "A revolução de um povo de rica espiritualidade, como vimos acontecer nos dias de hoje, pode triunfar ou fracassar; pode acumular miséria e crueldade tais que um homem de boas idéias, que tivesse a possibilidade de executá-la com sucesso uma segunda vez, não seria induzido a tentar a experiência por tal preço; essa revolução, digo, encontra, porém, no espírito de todos os espectadores (que não estão envolvidos nesse jogo) uma participação de aspirações que está perto do *entusiasmo*, ainda que a sua manifestação não esteja desligada de perigo e que conseqüentemente, não possa ter outra causa a não ser uma *disposição moral da espécie humana*" (p. 219).

Que o entusiasmo por um acontecimento, não isento de erros e de horrores como a revolução, seja algo a ser aprovado como revelador de uma tendência moral da humanidade depende do fato, segundo Kant, de que atrás da revolução movem-se duas forças morais, a de um povo que oferece a si mes-

mo uma constituição civil e a de uma constituição civil como a constituição republicana, que só pode (como veremos quando falarmos do problema da paz) evitar por princípio a guerra ofensiva e colocar assim uma das condições indispensáveis para a instauração de uma paz perpétua.

Kant, por outro lado, distinguia entre a Revolução Francesa, considerada na sua complexidade e do ponto de vista de uma filosofia geral da história, e os episódios singulares de terror que se revelaram, pelos quais foi tremendamente abalado. Entre estes, como dizíamos em primeiro lugar, a execução do rei. Negando o direito de resistência contra o soberano, Kant excluiu a possibilidade de que o soberano (entendido aqui como o titular do poder legislativo) pudesse *punir* o regente (ou seja, o titular do poder executivo). Aplicando esse princípio à condenação de Luís XVI, afirmava estar horrorizado, menos pela morte do monarca do que por esse assassinato (ou seja, uma morte injusta) ter sido acompanhado por uma solenidade, como se fosse um ato de justiça. E escrevia, ainda indignado:

> "Mas o que abala com um calafrio de horror uma alma que tem consciência dos direitos da humanidade, horror pelo qual ela é tomada todas as vezes que pensa naquela cena, é a *execução solene* (...) Isso deve ser considerado como um delito que permanece eterno e que nunca poderá ser expiado (*crimen immortale, inespiabile*), como pecado que os teólogos dizem que nunca poderá ser perdoado, nem neste mundo, nem no outro" (p. 508).

E explicava que existem duas maneiras de conceber um delito por parte de um delinqüente: ou como exceção à regra, e esse é o caso menos grave, porque o delinqüente não nega a regra, mas simplesmente foge dela quase como se ele se encontrasse numa situação excepcional; ou como negação da regra, ou seja, como elevação da ação delituosa à condição de

regra, ou seja, a máxima a ser contraposta à máxima universal da justiça, e esse é o caso de extrema gravidade, no qual acontece uma inversão completa da máxima moral, sendo a relação entre ação boa e ação má não mais relação entre regra e exceção, mas entre regra e contra-regra. A execução solene do monarca foi, de fato, um exemplo desse segundo tipo de ação delituosa: uma vez que a justiça quer que seja o monarca a julgar o cidadão. Aqui ocorrera o oposto: o cidadão tinha julgado o monarca, motivo pelo qual as relações entre os que julgavam e os julgados tinham sido completamente invertidas, "de maneira que a violência caminha", ele concluiu, "com orgulho e eleva-se por princípio acima do mais sagrado direito" (p. 509). A causa do horror "que provoca o pensamento da execução solene de um monarca pelo seu povo" era, portanto, esta: não somente tal execução foi um ato de violência (qualquer ação delituosa é violência), mas uma violência que se erigia em ato de suprema justiça.

Dissemos no início do parágrafo que também nessa matéria alusiva às relações entre súditos e soberano Kant não havia renunciado, compativelmente com os tempos e com a sociedade na qual vivia, à sua inspiração liberal. Ele de fato acreditava que o cidadão devia obedecer ao Estado de maneira absoluta; mas que ao mesmo tempo tinha o direito de expressar publicamente o próprio pensamento sobre as leis, ou seja, fazer uso público da própria razão. Seria possível dizer que, segundo Kant, a qualidade de cidadão nunca deveria ter sido desligada da qualidade, essencial para cada indivíduo, de ser racional. E, se ao cidadão cabia o dever de obedecer às leis também injustas para não subverter o Estado, ao ser racional cabia o direito de usar livremente a própria razão para criticar aquelas leis às quais também tinha obedecido e, fazendo isso, reformar o Estado. Sobre esse ponto o pensamento de Kant é bem firme e retorna várias vezes. Lemos, por exemplo, no ensaio *Sobre o dito comum*, as seguintes palavras:

> "Deve existir, em qualquer comunidade, uma *obediência, através* do mecanismo da constituição, às leis coercitivas e, ao mesmo tempo, deve existir um *espírito de liberdade*, segundo o qual cada um, no que diz respeito aos deveres gerais da humanidade, exige ser racionalmente convencido de que essa coação é legítima, para que não chegue a estar em contradição consigo mesmo" (pp. 271-272).

Kant, como já dissemos, era muito consciente da importância dos ideais do Iluminismo, nos quais ele via a base para a emancipação da humanidade. O ideal que estava na base de todos os outros era a *liberdade de pensamento*. Um Estado que se inspirasse nesse ideal, se por um lado devia exigir, como Estado, plena obediência, por outro lado devia, como estimulador do Iluminismo, dar, através da liberdade de pensamento para os próprios cidadãos, a possibilidade de saírem da menoridade e tornarem-se seres racionais. Exatamente no ensaio O *que é Iluminismo?*, existe uma página muito contundente a esse respeito:

> "Para esse Iluminismo é necessário somente a *liberdade*, e a mais inofensiva de todas as liberdades, *ou seja, aquela de fazer uso público da própria razão em todas as esferas*. Mas eu ouço gritar de todos os lados: 'Não raciocinem!' O oficial diz: 'Não raciocinem, façam exercícios militares'. O funcionário de finanças: 'Não raciocinem, paguem!' O homem de igreja: 'Não raciocinem, acreditem'. Existe um único senhor no mundo que diz: '*Raciocinem* quando quiserem e sobre o que quiserem, mas obedeçam'" (p. 143).

Deixando de lado o elogio àquele 'senhor' (Frederico II), que só poderia derivar da lealdade de súdito fiel, o significado

do discurso é claro. O que significa que o súdito deve *obedecer* e *raciocinar*? Significa que, de um lado, como cidadão *privado*, tem o dever de respeitar as normas da lei; do outro, como homem de razão, tem o dever de fazer uso *público* da própria razão, ou seja, de criticar aquelas mesmas leis que respeita, se acredita serem injustas. Disso surge o direito do cidadão de expressar publicamente o próprio pensamento e do soberano de não obstaculá-lo com censuras ou outros meios repressivos. A liberdade de pensamento, aquela que Spinoza tinha chamado *libertas philosophandi*, permanece como uma das exigências imprescindíveis que se faz ao Estado na concepção kantiana e, como ele afirma no ensaio *Se o gênero humano estivesse em constante progresso para o melhor*:

> "A proibição da publicidade (entenda-se a publicidade dos escritos) impede o progresso do povo rumo ao melhor e também no que se refere ao mínimo das suas exigências, ou seja, o seu simples direito natural" (p. 224).

9

O Problema da Relação entre os Estados

A constituição do estado civil resolve o problema das relações entre os indivíduos no estado de natureza. Esse evento constituiu o triunfo do direito sobre o estado não-jurídico, ou somente provisoriamente jurídico. Mas, com a constituição do Estado, ou seja, com a supressão do estado natural entre os indivíduos, o triunfo do direito ainda não é completo. Aquele mesmo estado de natureza que estava em vigor antes da constituição do Estado entre os indivíduos continua vigendo *nas relações entre os estados*. O triunfo do direito na sociedade humana não será completo enquanto não for instaurado um estado jurídico civil e não-natural também entre os estados.

Kant, após ter analisado e interpretado a história, olha para o futuro e tenta encontrar o sentido e estabelecer a direção. Por isso, o problema do futuro e da sociedade internacional insere-se no problema mais amplo da direção e do fim da história humana.

Portanto, nesse ponto, é bom ampliar a nossa leitura dos escritos mais propriamente jurídicos para aqueles chamados de filosofia da história, dos quais os mais importantes são os que lembramos no capítulo 1 da parte II.

Os problemas fundamentais da filosofia da história de Kant são quatro:

1) se existe na história humana um *progresso*;

2) qual é o *critério* pelo qual seria possível medir o progresso;

3) quais seriam os *meios* para isso;

4) qual seria o *fim*.

Para a primeira pergunta, observa Kant, são oferecidas três possíveis soluções:

a) o gênero humano está em contínuo *regresso* para o pior (*terrorismo moral*);

b) o gênero humano está em contínuo *progresso* para o melhor (*eudemonismo*);

c) o gênero humano é *estacionário* (*abderitismo*).

Kant rejeita a primeira e a terceira soluções e aceita a segunda, interpretando-a de acordo com seus princípios, usando-a então como critério para julgar o progresso da humanidade, não a maior cópia de felicidade, mas o maior desenvolvimento da liberdade. Vimos no parágrafo anterior que ele tinha considerado como um dos sinais premonitórios desse constante progresso o grande revolvimento dos espíritos produzido pela Revolução Francesa. Como conclusão desta análise, afirma de forma mais clara:

> "É portanto um princípio não somente justificado e sob o aspecto prático recomendável, mas também, contra a visão dos descrentes, válido para a teoria mais severa, que *a espécie humana sempre progrediu para o melhor e progredirá ainda no futuro*" (p. 223).

À segunda pergunta Kant responde que o progresso da espécie humana, assim como de qualquer outra espécie animal, consiste no *pleno desenvolvimento das suas faculdades natu-*

rais. Fala-se que uma criatura progride quanto mais as suas atitudes naturais são destinadas a se desenvolver de maneira completa e em conformidade com seu fim. Qual é a faculdade natural própria do homem e que o distingue de qualquer outra criatura? Kant responde, não se afastando da tradição e seguindo inclusive a sua mais profunda vocação, que essa faculdade natural do homem é a *razão*. Motivo pelo qual o critério para julgar o progresso da humanidade é o maior ou menor desenvolvimento da razão que acompanha o desenvolvimento da *liberdade*. A história humana iniciou-se quando o homem saiu da sujeição ao instinto e começou a vida em conformidade com a razão. Esse acontecimento, que representa o nascimento do homem como ser livre e como ser racional, desenvolveu-se através de quatro momentos decisivos:

a) a vitória da razão, que implicava uma livre escolha dos alimentos, sobre o instinto de nutrição, quando surgiu o cultivo dos campos;

b) a vitória da razão sobre o instinto sexual, de onde surgiu a decência e o conúbio durável;

c) a possibilidade de prever o futuro e, portanto, de não viver segundo o dia-a-dia, mas de ordenar a própria vida com base em projetos razoáveis;

d) finalmente, a consciência, adquirida pelo homem através do exercício da razão, de ser o fim da natureza, de onde as duas regras fundamentais da sua conduta: "Trata os teus semelhantes como fins" (base da moral); "Trata as coisas como meios para o teu sustento" (base do direito).

Uma vez realizado o último passo, o homem foi expulso do seio materno da natureza e entrou nos acontecimentos da história, que, diferentemente da natureza, reino da necessidade, é o *reino da liberdade*. Desde então começou para o homem,

comenta Kant, uma idade muito mais digna, mas ao mesmo tempo mais perigosa. O homem, com a vitória da razão sobre o instinto, estava abandonado a si mesmo, e a felicidade e a infelicidade, a virtude e o vício, a liberdade e a escravidão, a paz e a guerra, ou seja, todos os bens e todos os males, dependiam unicamente dele mesmo. A história, diferentemente da natureza, sempre uniforme, era uma aventura desconhecida, cujo mal era a incerteza e cuja maior qualidade, à qual o homem não teria podido mais renunciar, era a liberdade. Lemos, para comentar essa interpretação sobre o significado da história humana, este trecho muito significativo:

> "O homem saía assim do estado inocente e tranqüilo da infância e, digamos assim, de um jardim que o alimentava sem trabalho (Gn 3, 23) *para ser jogado no vasto mundo*, no qual tantos cuidados, penas e males desconhecidos o esperavam. Mais tarde, em meio às dores da vida, sua imaginação representará freqüentemente para ele um paraíso, onde poderá passar os seus dias sonhando e distraindo-se numa condição de ócio tranqüilo e de paz constante. Mas a razão inexorável, que o leva continuamente ao desenvolvimento das suas faculdades, colocar-se-á sempre entre ele e essa demora imaginária e não lhe permitirá recair nesse estado de simplicidade e de ignorância, do qual ela o fez sair (Gn 3, 24); isso o leva a suportar pacientemente o cansaço, que ele odeia, a buscar ardentemente as coisas pequenas, que ele despreza, e a esquecer a própria morte frente à qual ele treme, por amor dessas ninharias, cuja perda o apavora ainda mais" (p. 201).

Se o *regnum hominis* é representado pelo domínio da razão e da liberdade, o progresso desse reino pode estar marcado somente pelo desenvolvimento sempre maior da liberdade

da razão sobre a escravidão do instinto ou das paixões. Mas, se existe esse progresso, qual é o seu instrumento determinante?

E entramos assim no terceiro problema. Kant responde: o instrumento do progresso humano, entendido como desenvolvimento gradual do homem como ser racional e livre, é o *antagonismo*. Se na sociedade humana não existissem antagonismos e, portanto, lutas entre os homens para vantagem recíproca, ela teria permanecido sempre parada. As civilizações estáticas são aquelas nas quais cessou há muito tempo qualquer rebelião interna, as civilizações dinâmicas e em progresso constante são aquelas nas quais o desafio da rivalidade, da emulação, da concorrência, que pode chegar à guerra, ferve continuamente. Leia essa descrição:

> "Sem a condição, por si mesma seguramente não desejável, da falta de sociabilidade da qual surge a resistência que cada um deve encontrar necessariamente nas suas pretensões de egoísmo, todos os talentos permaneceriam eternamente fechados nos próprios germes, numa vida pastoral arcádica de perfeita harmonia, frugalidade, amor recíproco: os homens, bons como as ovelhas que eles levam para o pasto, não dariam à sua própria existência um valor maior do que o que dão ao seu animal doméstico; eles não preencheriam o vazio da criação com relação ao próprio fim de seres racionais. Sejam então agradecidos à natureza *pela falta de sociabilidade que gera, pela invejosa emulação da vaidade, pela cobiça nunca satisfeita de bens ou de domínio*. Sem estas, todas as excelentes disposições naturais próprias da humanidade permaneceriam eternamente adormecidas sem desenvolver-se" (p. 128).

Este ideal da vida militante, combativa, pugnaz, estava em perfeito uníssono com a concepção liberal de vida que tinha inspirado a teoria política e jurídica de Kant.

Todo o movimento liberal havia surgido de uma intolerância profunda contra qualquer forma de dogmatismo e de nivelamento da vida espiritual: na esfera do pensamento afirmara a crítica livre, ou seja, a discussão das idéias contra a aceitação, uma vez por todas, de uma verdade pré-constituída, afirmara que a verdade nasce do encontro e da luta entre as idéias, da luta das doutrinas contrapostas, e não da imposição autoritária de uma doutrina sobre todas as outras. No âmbito prático, afirmara paralelamente, em especial através da palavra dos economistas, que a conquista dos bens materiais e a promoção do bem-estar eram tanto mais avançados quanto mais eram abolidas as leis restritivas, era deixada livre a expressão à capacidade, à inventiva e, portanto, à concorrência entre uns e outros. O mito do progresso tinha sido acompanhado na idade do Iluminismo pelo mito da luta como instrumento de progresso. Kant faz eco desse pensamento no trecho que citamos, tanto que deixa ver qual seja o nexo profundo entre os vários elementos constitutivos do seu liberalismo, que é, ao mesmo tempo, doutrina do *direito* (o direito como limite da liberdade externa), do *Estado* (o Estado como estado de liberdade) e, mais em geral, da *história* (a história como teatro dos antagonismos humanos); e dessa forma a concepção liberal da história como teatro dos antagonismos humanos dá um significado às concepções do Estado como promotor da máxima liberdade individual e ao direito como coordenador das liberdades externas.

Nesse elogio ao antagonismo, Kant foi tão adiante que faz, em trechos várias vezes comentados, o elogio à guerra. Lemos nas *Conjecturas sobre a origem da história* este trecho:

> "No nível de civilização ao qual o gênero humano chegou, *a guerra é um meio indispensável ao progresso*, e a paz perpétua não será saudável para nós a não ser depois que a nossa civilização (quando) houver alcançado

o ponto de perfeição, o único do qual essa paz poderia ser conseqüência" (p. 209).

De maneira ainda mais drástica na *Crítica do juízo*, ainda admitindo que a guerra é uma empresa desconsiderada pelo homem e provocada pelas paixões mais desenfreadas, acrescenta que:

"Talvez esconda profundamente algum intento da sabedoria suprema, pelo menos para preparar, ou para estabelecer, a conciliação da legalidade com a liberdade dos estados, e, portanto, a união desses num sistema moralmente fundamentado" (cito da edição Laterza, p. 305).

Devemos dizer que existe no pensamento de Kant uma contradição entre essa atitude frente à guerra e o ideal da paz que, como veremos, é um ideal moral da humanidade? A contradição é aparente: leve-se em conta que, nos trechos citados, a guerra é considerada como um meio, ou seja, é considerada positivamente apenas como um valor instrumental. Mas não se deve confundir o problema dos meios com o problema do fim. A guerra deve ser aprovada somente enquanto servir para o aperfeiçoamento da humanidade. Mas, exatamente como meio, não tem um valor incondicionado, somente condicionado. O que vale como ideal da humanidade é o fim último.

E assim chegamos à quarta pergunta da filosofia da história de Kant: qual é o fim da história humana? Podemos responder brevemente que o fim para o qual tende a história humana é a *constituição de uma sociedade jurídica* que possa abranger a humanidade; numa só palavra, é a *paz com liberdade*, ou seja, a *liberdade na paz*. Vimos que o antagonismo é necessário para o progresso. O antagonismo pressupõe o livre jogo das faculdades humanas. Mas somente uma constituição jurídica, entendendo por direito o conjunto das condições para a coe-

xistência das liberdades externas, pode permitir o desenvolvimento livre dos antagonismos sem que esses se rebaixem numa luta destruidora e anulante. E, portanto, uma constituição jurídica que possa abranger não somente os indivíduos nos estados, mas também os estados entre si, pode assegurar o desenvolvimento pacífico de todos os antagonismos, colocando as condições para que a humanidade possa progredir sem voltar mais ao estado de barbárie primitiva. Motivo pelo qual é possível ver *a importância do direito no sistema geral do pensamento de Kant*, uma importância que talvez não foi suficientemente salientada, mas que merece, no final dessa nossa exposição, ser levada em conta.

Vimos até agora o direito apresentado como condição de coexistência das liberdades dos indivíduos isolados. Da filosofia da história aprendemos que o desenvolvimento das liberdades individuais no âmbito de um sistema jurídico é a condição fundamental para o progresso da humanidade. E então devemos concluir que do desenvolvimento da sociedade jurídica depende o desenvolvimento da história humana, e, portanto, o direito ocupa um lugar central na história da humanidade. Kant expressa esse conceito com as seguintes palavras:

"Somente na sociedade, e precisamente naquela sociedade na qual se atue de um lado a máxima liberdade, juntamente a um antagonismo geral dos seus membros, e, de outro, a mais rigorosa determinação dos limites de tal liberdade para que ela possa coexistir com a liberdade dos outros (...), somente em tal sociedade o fim supremo da natureza, ou seja, o desenvolvimento de todas as faculdades pode ser alcançado pela humanidade" (p. 129).

Esse estado da humanidade é alcançado por duas grandes etapas: a primeira é a saída dos indivíduos do estado de natu-

reza e a constituição dos estados; a segunda é a saída dos estados do estado de natureza e a constituição de uma sociedade jurídica universal. A primeira já foi alcançada: é um evento que pode ser observado com legítimo orgulho. A segunda é o ideal supremo da história futura, para o qual os homens de boa vontade devem tender como para um ideal moral de cuja consecução dependem o desenvolvimento e a estabilidade da civilização humana. E porque esse Estado final é tal que só pode ser assegurado pela paz universal, a paz universal torna-se um ideal moral da humanidade. Como ideal moral, para nós não deve importar se ele poderá ser realizado e quando será realizado. Nós queremos tender para ele porque, sendo um ideal moral, o agir em conformidade constitui um dever nosso, independentemente do fato de que nossos esforços sejam premiados pelo sucesso. Com relação a isso, Kant pronuncia palavras solenes como as seguintes:

> "A razão moralmente prática pronuncia em nós uma proibição irrevogável: '*Não deve existir guerra alguma* nem entre você e mim no estado de natureza, nem entre nós, como estados' (...) Portanto, não se trata mais de saber se a paz perpétua é uma coisa real ou um não-senso, e se não nos enganamos no nosso juízo teórico ao aceitarmos o primeiro caso, devemos agir segundo o fundamento dela, como *se a coisa fosse possível* (...) se não podemos alcançar esse fim, e se ele permanece sempre para nós um desejo sagrado, pelo menos não nos enganaremos certamente colocando uma máxima de visar a isso *constantemente, porque é nosso dever*" (p. 546).

O fato de que a paz perpétua seria um ideal, e não uma realidade, não eliminava o fato de que Kant alimentava uma esperança não vaga de que esse ideal estava se aproximando em face das terríveis guerras que abalavam a Europa e das quais

era possível derivar a legítima presunção que os povos cansados de se matar teriam a possibilidade de se conscientizar. Existe um trecho no qual Kant, contando a anedota do doente que responde ao médico, que todos os dias o confortava com novas esperanças: "Como o senhor acha que eu vou? Eu morro de tanto melhorar!" Recusa o desespero cínico de quem, vendo perto de si somente guerra, não encontra motivo algum de conforto, e constatando o absurdo das guerras, que prejudicam de maneira atroz ambos os adversários, acaba exclamando:

> "As conseqüências funestas da guerra civil podem tirar do profeta político a convicção de uma iminente reviravolta da humanidade para o melhor, que desde agora pode ser entrevista" (p. 229).

10

A Paz Perpétua

A guerra atual a que Kant se referia no trecho citado (escrito por volta de 1798) era a que recrudescia na Europa de maneira quase ininterrupta, após a Revolução Francesa. Mas já em 1795, uma vez elaborado o Tratado de Basiléia entre a Prússia e a França, Kant fizera ouvir a sua voz sobre o problema da paz internacional, que se tinha tornado tremendamente atual (estava-se de fato no início de um dos períodos mais trágicos das guerras européias), escrevendo, sob a forma curiosa de um tratado internacional, o ensaio *Sobre a paz perpétua*. Também Kant tinha se inspirado em Rousseau, que havia escrito em 1761 um *Estratto del progetto di pace perpetua dell'abbate di Saint-Pierre* e em 1756 um ensaio (publicado porém somente após a sua morte, em 1782), intitulado *Jugement sur la paix perpetuelle*. Kant irá retomar depois esse tema num capítulo da *Metafísica dos costumes*, intitulado "O direito dos povos" (pp. 534-543).

A teoria da paz perpétua no pensamento de Kant está fundamentada em quatro pontos principais (que se encontram expostos na p. 535):

1) os estados, nas suas relações externas, vivem ainda num *estado não-jurídico* (seria melhor dizer num estado jurídico provisório, como se lê na p. 541);
2) o estado de natureza é um *estado de guerra* e, portanto, um *estado injusto* (da mesma maneira como é injusto o estado de natureza entre os indivíduos);

3) sendo esse estado injusto, os estados têm o dever de sair dele e fundar uma *federação de estados*, segundo a idéia de um contrato social originário, ou seja, "uma união dos povos por meio da qual eles sejam obrigados a não se intrometer nos problemas internos uns dos outros, mas a proteger-se contra os assaltos de um inimigo externo";
4) essa federação não institui um poder soberano, ou seja, não dá origem a um Estado acima dos outros estados, ou *superestado*, mas assume a figura de uma *associação*, na qual os componentes permanecem num nível de colaboração entre iguais (*societas aequalium*), como se dos dois contratos que, segundo a doutrina tradicional do jusnaturalismo, eram necessários para a formação do Estado, o *pactum societatis* e o *pactum subiectionis*, tivesse que ser efetivado, para resolver os conflitos entre os estados, somente o primeiro e de forma alguma o segundo.

De como seria possível chegar a essa federação de estados, que deveria limitar-se a uma *confederação*, não chegando a ser um verdadeiro *Estado federal*, Kant se fixa em alguns pontos aos quais dá a forma de artigos de um tratado imaginário. Distingue seis artigos *preliminares*, que estabelecem as condições necessárias para que sejam eliminadas as principais razões de guerra entre os estados, e três artigos *definitivos*, nos quais são explícitas as condições necessárias para o estabelecimento de uma paz duradoura.

Os seis artigos preliminares são:

1) *Nenhum tratado de paz pode ser considerado como tal se é feito com a tácita reserva de pretextos para uma guerra futura*. Com relação a isso, Kant observa que a reserva de antigas pretensões pode ser válida no futuro, para ser usada com intenção malévola na primeira oportunidade

favorável, faz parte da casuística jesuítica e é indigna dos soberanos. Pode-se acrescentar que, para Kant, um tratado de paz não deve conter nem o pedido de ressarcimento das despesas de guerra, porque nesse caso o Estado vencedor se arvoraria em juiz em causa própria, nem retirar dos súditos do país conquistado a liberdade, pois esse é um direito natural dos indivíduos e dos povos.

2) *Nenhum Estado independente pode ser adquirido por outro através de sucessão hereditária, troca, compra ou doação.* Aqui Kant combate claramente a teoria do *Estado patrimonial*, segundo a qual o Estado, ou melhor, o território do Estado, é considerado propriedade do príncipe, que pode dispor dele (segundo um ato entre vivos ou *mortis causa*), como um *dominus* dispõe da própria posse. À concepção do Estado patrimonial Kant opõe que o Estado é uma *pessoa moral*, e de uma pessoa moral, por analogia com a pessoa física, não se pode dispor como se fosse uma coisa.

3) *Os exércitos permanentes devem, com o tempo, desaparecer inteiramente.* Como sempre, o problema da paz caminha paralelamente ao problema do desarmamento. Kant alega, a favor da abolição dos exércitos permanentes, razões de ordem utilitária e moral. Entre as primeiras deve ser considerada a despesa excessiva com a sua manutenção, despesa que às vezes pode induzir um Estado à guerra agressiva somente para livrar-se do peso, que se tornou insuportável. A razão moral é que o soldado de um exército permanente acaba se tornando um mero instrumento de fins iníquos e, portanto, acaba sendo degradado na sua própria dignidade pessoal:

   "Usar homens como simples máquinas e instrumentos nas mãos de um outro (do Estado) (...) não pode conciliar-se com o direito do homem sobre a própria pessoa" (p. 285).

4) *Não devem ser contraídas dívidas públicas em vista de uma ação a ser empreendida no exterior.* Aqui Kant, referindo-se ao sistema das dívidas públicas, introduzido pela primeira vez na Inglaterra por Guilherme III, quer evitar o perigo implícito no aumento indefinido da dívida pública, que leva o Estado a possuir uma perigosa força financeira, ameaça perpétua, direta ou indireta, de guerra.

5) *Nenhum Estado deve intrometer-se, através da força, na constituição e no governo de um outro Estado.* Aqui Kant somente repete o princípio, consagrado no direito internacional, da *não-intervenção*, segundo o qual nenhum Estado pode intervir nos negócios internos ou externos de um outro Estado a não ser que isso seja previsto num tratado que vincule os dois. Existe um caso em que Kant admite o direito de intervenção, e é aquele no qual um Estado foi dilacerado por uma guerra civil: mas, nesse caso, ele comenta, a situação que se criou foi de *anarquia*, e a anarquia não é mais um Estado, pelo contrário, é a ausência de qualquer forma de Estado.

6) *Nenhum Estado em guerra com outro deve permitir atos de hostilidade que tornariam impossível a confiança recíproca na paz futura.* Entre esses atos Kant cita o recurso a assassinos, envenenadores, espiões, ruptura de uma capitulação, instigação à traição. Também apresenta razões utilitárias e morais. Entre as primeiras lembra que essas artes 'infernais', introduzidas no estado de guerra, dificilmente poderão ser abolidas no estado de paz e acabam envenenando perpetuamente as relações entre os estados. Moralmente, tais atos são reprováveis porque, como é evidente no caso de espiões, a falta de sentido de honra de certas pessoas é explorada para fins públicos. Pode ser acrescentado que o uso de meios desonestos transformaria qualquer guerra em *guerra de extermí-*

nio (*Bellum Internecinum*), que é uma forma ilícita de guerra. Além da guerra de extermínio, Kant considera ilícita a *guerra de punição*, porque a punição é possível somente entre um superior e um inferior, uma vez que todos os estados são iguais entre si; e a *guerra de conquista*, porque a liberdade de um povo tem como efeito o aniquilamento moral do Estado. A *guerra justa* é somente a que um Estado empreende para se defender de um *inimigo injusto*. E quem é o inimigo injusto? É aquele, responde Kant, "cuja vontade publicamente manifesta trai uma máxima que, se elevada à condição de regra universal, impossibilitaria qualquer estado de paz entre os povos e perpetuaria o estado de natureza" (p. 541). Mas também a guerra justa torna-se injusta se são usados os meios desonestos aqui condenados.

Os três artigos definitivos são:

1) *A constituição de qualquer Estado deve ser republicana.* Depois do que dissemos sobre o ideal republicano de Kant, não precisamos sublinhar a importância deste artigo. A república, portanto, não é somente a melhor forma de governo no que diz respeito às relações entre o Estado e os cidadãos, mas também no que diz respeito às relações entre os estados. Ela garante, melhor do que qualquer outra, internamente, a *liberdade* e, externamente, a *paz*: é, portanto, a condição principal daquela coexistência pacífica na liberdade ou livre na paz, que constitui o ideal moral da espécie humana. O porquê de a república ser condição de paz, Kant explica desta maneira:

"Se é pedido o assentimento dos cidadãos para decidir se a guerra deve ou não ser feita, nada de mais natural

pensar que, devendo deixar cair sobre eles próprios todas as calamidades da guerra (...) *eles refletirão longamente antes de iniciar um jogo tão ruim*. Ao contrário, numa constituição na qual o súdito não é cidadão, isto é, numa constituição não-republicana, a guerra torna-se a coisa mais fácil do mundo, porque *o soberano não é membro do Estado, mas seu proprietário* (...), e pode então declarar guerra como uma espécie de jogo de prazer" (p. 294).

Essa argumentação de Kant é comum a todo o *pacifismo democrático*, que terá maior número de seguidores no século seguinte, e se fundamenta no pressuposto de que a causa principal das guerras é o arbítrio do príncipe, e, portanto, o problema da paz pode ser resolvido somente através da transformação dos estados absolutos em estados com soberania popular. Quanto ao fato de essa idéia da paz através da mudança de regime político estar radicada no pensamento de Kant, isso pode ser mostrado em um outro trecho, que não se encontra na *Paz perpétua*, mas no ensaio que mantém sobre o progresso, e onde se afirma que uma sociedade civil organizada segundo uma constituição "em harmonia com os direitos naturais dos homens, ou seja, aqueles que obedecem à lei devem também, reunidos, legislar", ou seja, em conformidade com a constituição republicana, é aquela que "se qualifica como a melhor para os fins de afastar a guerra que tudo destrói" (p. 225), e chega-se à seguinte conclusão:

"Portanto, é dever entrar em tal sociedade e provisoriamente (...) é dever dos monarcas, ainda que *aristocráticos*, governar de forma republicana (não-democrática), ou seja, tratar o povo segundo princípios em conformidade com o espírito das leis de liberdade" (p. 225).

Em uma nota, essa solução é explicada de maneira muito simples com um exemplo (através do qual Kant quer golpear a monarquia inglesa):

"Que é um monarca *absoluto*? É aquele que quando diz: 'A guerra deve ser feita', a guerra acontece. O que é, ao contrário, um monarca *limitado*? Aquele que pergunta primeiro ao povo se a guerra deve fazer-se ou não, e se o povo diz: 'A guerra não deve fazer-se', ela não acontece."

O pacifismo democrático é um pacifismo político, porque vê a causa principal das guerras e, portanto, conhece o remédio para a paz, principalmente numa transformação política. Existem outras formas de pacifismo: um pacifismo *econômico* (que foi sustentado pelos partidários do comércio livre do século passado, como Cobden), segundo o qual as guerras dependem da política econômica dos estados, e, portanto, o caminho rumo à paz passa através da transformação da política do mercantilismo para a do comércio livre; um pacifismo *social* (defendido pelos socialistas da Segunda Internacional), segundo o qual a causa principal das guerras é a divisão da sociedade em classes, e a paz pode ser conseguida somente através de uma revolução social que venha a abolir as classes; um pacifismo *jurídico* (sustentado hoje pelos federalistas europeus e mundiais), segundo o qual a causa principal das guerras é a estrutura jurídica dos estados detentores da soberania absoluta e muito ciosos dela. Nesse caso, a paz é alcançável somente através da limitação jurídica da soberania, que só pode existir num sistema federal de Estado. Acima de todas essas formas de pacifismo, existe o chamado pacifismo *moral*, segundo o qual as guerras dependem exclusivamente da maldade dos homens e a paz não poderá ser o resultado senão de uma reforma geral dos costumes.

2) *O direito internacional deve fundamentar-se numa federação de estados livres*. Aqui vemos o pacifismo político de Kant desembocar no pacifismo jurídico. Não é suficiente que os estados se tornem republicanos: a república é uma condição necessária, mas não suficiente, para a paz perpétua. É necessário também que as repúblicas assim constituídas originem uma federação, ou seja, obriguem-se a entrar *numa constituição análoga à constituição civil, na qual seja possível garantir para cada membro o próprio direito*. Essa federação deve se distinguir, por um lado, de um *superestado* que, como já dissemos, contradiz o princípio da igualdade dos estados, mas, por outro, de um puro e simples *tratado de paz*, porque este se propõe a pôr fim a *uma guerra*, enquanto aquele se propõe a pôr termo a *todas as guerras, e para sempre*.

3) *O direito cosmopolita deve ser limitado às condições de uma hospitalidade universal*. Por 'direito cosmopolita' entende-se uma seção do direito diversa do direito internacional: dela Kant trata brevemente no final da *Metafísica dos costumes*. Enquanto o direito internacional regula as relações entre os estados, e o direito interno regula as relações entre o Estado e os próprios cidadãos, o direito cosmopolita regula as relações entre um Estado e os cidadãos dos outros estados (ou seja, os estrangeiros). A máxima fundamental do direito cosmopolita é que um *estrangeiro que vai para o território de um outro Estado não deve ser tratado com hostilidade* até o momento em que cometa atos hostis contra o Estado que o está hospedando. Kant justifica essa máxima com o direito que cabe a todos os homens de entrar em sociedade com os seus semelhantes, em virtude da posse comum originária de toda a superfície da Terra. Mas

nesse último artigo do seu projeto de paz perpétua, Kant estabelece um limite para esse direito de hospitalidade, ou pelo menos quer definir exatamente o âmbito dentro do qual pode ser exercido. Dizendo que não é possível ir além das condições de uma hospitalidade universal, quer dizer que aquele que é hóspede de um Estado estrangeiro não pode aproveitar-se dessa posição para desagregar o Estado ou para ameaçar sua existência. Essa cláusula é dirigida claramente contra a ingerência dos cidadãos dos estados colonizadores nos países indígenas, ingerência que justifica, segundo Kant, as medidas restritivas com relação aos europeus da China e do Japão e que, por este motivo, o obriga a atirar esta invectiva contra as polêmicas colonialistas da sua época:

"Se compararmos com este [direito de hospitalidade] a conduta anti-hospitaleira dos estados civis, especialmente dos estados comerciais do nosso continente, ficamos horrorizados ao ver a injustiça que cometem ao visitarem terras e povos estrangeiros (o que para eles significa conquistá-los) (...) Na Índia Oriental (Industão), sob o pretexto de estabelecer postos comerciais, introduziram tropas estrangeiras e derivou disto a opressão contra os indígenas, a provocação dos diversos estados do país para guerras sempre mais extensas, carestia, insurreições, traições e toda a longa série de males que podem afligir a humanidade" (p. 303).

Não podemos concluir essa rápida exposição sem lembrar que, além dos seis artigos preliminares e dos três definitivos, Kant acrescentou na segunda edição do ensaio (1796) um artigo secreto. O que tem de tão misterioso esse artigo secreto? Leiamo-lo:

"As máximas dos filósofos sobre as condições que possibilitam a paz pública devem ser tomadas em consideração pelos estados armados para a guerra" (p. 315).

Esse trecho nos reconduz, exatamente no final do nosso curso, a encontrar no pensamento de Kant o valor e a função daquela *libertas philosophandi* que constitui o ponto de partida, e agora podemos dizer também o ponto de chegada, da sua concepção liberal da vida e da história. Que os estados se empenhem em ouvir as máximas dos filósofos demonstra que, para Kant, a razão humana, da qual os filósofos são a mais alta expressão, está acima da potência do Estado, e não pode ser por ele nem apagada nem limitada. Mas significa dizer também uma outra coisa: que os filósofos (nós diríamos hoje, de maneira mais geral, os homens de cultura, os intelectuais) têm algo a dizer aos poderosos, que detêm nas mãos o destino dos homens. Não são visionários fora do tempo, nem áridos repetidores de coisas mortas; mas estão, devem estar, perto dos poderosos para adestrá-los. Felizes os Estados onde a cultura é livre (ou seja, não dominada), é respeitada (ou seja, não usada para fins baixos de propaganda). Kant não tem ilusão alguma de que os políticos se tornem filósofos, nem tem a pretensão (este, sim, seria um sonho de visionários) de que os filósofos criem os políticos. Pede, por um lado, que os políticos formem os políticos e deixem aos filósofos a liberdade de formar os filósofos. Pede, por outro lado, aos filósofos não se fecharem na torre de marfim, mas dirigirem-se aos políticos com os seus ensinamentos derivados de uma crítica desapaixonada da razão. Existe um trecho com respeito a isso que poderia ser indicado como máxima reguladora das relações, sobre as quais nunca acabou a discussão, entre a política e a cultura, e com o qual tenho o prazer de terminar o curso:

"Não podemos esperar que os reis filosofem ou os filósofos tornem-se reis, nem é algo a ser desejado, porque a posse da força corrompe inevitavelmente o livre juízo da razão. Mas que o rei ou os povos soberanos (...) *não deixem perder ou reduzir ao silêncio a classe dos filósofos, mas a deixem falar publicamente*, isto é indispensável a ambos os lados, para iluminar os próprios negócios" (p. 316).

NOTAS

1. A quem desejar ler algumas páginas sugestivas sobre o maquiavelismo, recomendo a leitura do livro de GERHARD RITTER, *Il voto demoniaco del potere*, Bolonha, Il Mulino, 2ª ed., 1968.

2. Para outras informações indico a antologia de textos, com respectiva introdução e bibliografia, intitulada *Costituzionalisti inglesi*, com a colaboração de N. Matteucci, Bolonha, Il Mulino, 1962.

3. Essa tripartição das formas de legitimidade do poder difere da de Max Weber, já clássica, que distingue três formas de poder legítimo: carismático, tradicional, legal (veja a obra *Economia e società*, Milão, Comunità, 1961, vol. I, p. 258 e ss.).

4. Por outro lado, a própria teoria de Hobbes não é tão extremista no seu absolutismo. Também para Hobbes existe um limite para o poder estatal, que é o direito natural de cada indivíduo frente à vida. Esse direito não pode ser recusado e, portanto, o Estado que o viola realiza uma infração do contrato social, desvinculando o súdito da obediência. Para outras informações, indico meu livro *De Hobbes a Marx*, Nápoles, Morano, 1965.

5. Para a exposição contida nesse parágrafo utilizo especialmente duas obras: P. MESNARD, *L'essor de la philosophie politique au XVI siècle*, Paris, Vrin, 2ª ed., 1952; M. D'ADDIO, *L'idea del contratto sociale dai sofistittu alla riforma* e o *'De Principal' di Salamonio*, Milão, Giuffré, 1954.

6. Essa obra encontra-se também em tradução italiana sob o título *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Turim, Einaudi, 1940.

7. Existe uma tradução de alguns desses textos e documentos, com a colaboração de Vittorio Gabrieli, sob o título *Puritanismo e libertà*, Turim, Einaudi, 1956.

8. Cito da tradução na coleção dos *Classici Politici*, da Editora Utet, Turim, 2ª edição, 1960, p. 254.

9. Para quem deseja aprofundar o conhecimento do pensamento político de Locke indico meu curso *Locke e il diritto naturale*, Turim, Giappichelli, 1963.

10. Cito da tradução italiana de Sérgio Cotta, na edição *Classici Politici* da Editora Utet, Turim, 1952. O trecho citado encontra-se na p. 143 do primeiro volume.

11. Quando não está indicado o título do qual deriva o trecho, entende-se que o livro ao qual estamos nos referindo é aquele citado no Prefácio, ou seja, a *Metafísica dos costumes*.

12. Veja a *Crítica da razão pura*, edição citada, pp. 54-58.

13 Cito da antologia de Puffendorf, sob o título *Principi di diritto naturale*, Turim, Paravia, p. 139.

14. Esses comentários derivam do ensaio de G. SOLARI, "La dottrina kantiana del matrimonio", em *Riv. di filosofia*, 1940, pp. 1-26, que indico para uma análise mais ampla do tema.

15. Os trechos citados fazem parte da antologia já mencionada *Principi di diritto naturale*, pp. 63 e 67-68.

16. *Secondo trattato sul governo*, edição citada, p. 244.

17. Cito segundo uma edição francesa, datada de Edimburgo, 1750. A citação do texto encontra-se à p. 175.

18. Essa citação faz parte da obra *Costituenti e costituzioni della Francia moderna*, com a colaboração de A. Saitta, Turim, Einaudi, 1952, p. 53.

INSTITUTO TANCREDO NEVES DE PESQUISAS E ESTUDOS POLÍTICOS, ECONÔMICOS E SOCIAIS

Objetivos

O Instituto Tancredo Neves, ITN, é o órgão de assessoria e cooperação do Diretório Nacional do Partido da Frente Liberal, PFL, e os congêneres nos Estados e nos Municípios dos Diretórios Regionais e Municipais, respectivamente, destinados a realizar pesquisas científicas, estudos econômicos, políticos e sociais, bem como promover cursos, seminários, patrocinar convenções e outros eventos de interesse partidário, com a finalidade de difundir a doutrina e os postulados do liberalismo social adotados pelo Partido.

Diretoria Executiva

A *Biblioteca Liberal* é uma iniciativa do Instituto Tancredo Neves, em convênio com a Editora Mandarim, como parte do esforço que vem desenvolvendo o PFL no sentido de familiarizar a sua militância com a doutrina política e também com a tradição liberal brasileira e com o programa do PFL. Estão programados doze títulos para publicação no período imediato. Compreendem a apresentação do pensamento dos grandes clássicos, a exemplo de Kant, Tocqueville e Popper, mas igualmente a maneira como encara questões emergentes da atualidade brasileira e os temas teóricos mais mobilizadores, notadamente o sentido profundo do liberalismo social e o modo de distingui-lo do chamado 'neoliberalismo'.

O programa editorial do Instituto Tancredo Neves abrange ainda outras séries, entre as quais se destacam os *Cadernos Liberais*, que vêm alcançando o mais amplo sucesso junto ao público.

Com o seu trabalho, o Instituto Tancredo Neves acredita estar contribuindo para vitalizar a vida política brasileira, elevando o nível das discussões e contribuindo para a melhor estruturação das correntes de opinião do país. Sem se identificar com estas últimas não há partidos políticos autênticos. Mas também não consolidaremos a nossa democracia sem agremiações partidárias transparentes e arejadas, e, em conseqüência, fortes e saudáveis.

Coleção Biblioteca Liberal

A Democracia Liberal segundo Alexis de Tocqueville
Ricardo Vélez Rodríguez

História do Liberalismo Brasileiro
Antonio Paim

Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant
Norberto Bobbio